

ano 13 - n. 52 | abril/junho - 2013
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Crísthiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá
em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

| | |
|---|--|
| Adilson Abreu Dallari (PUC-SP) | Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai) |
| Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar) | Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) |
| Alice Gonzalez Borges (UFBA) | Juarez Freitas (UFRGS) |
| Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP) | Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai) |
| Carlos Ayres Britto (UFSE) | Marçal Justen Filho (UFPR) |
| Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai) | Marcelo Figueiredo (PUC-SP) |
| Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas) | Márcio Cammarosano (PUC-SP) |
| Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar) | Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA) |
| Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP) | Nelson Figueiredo (UFG) |
| Clèmerson Merlin Clève (UFPR) | Odilon Borges Junior (UFES) |
| Clovís Beznos (PUC-SP) | Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina) |
| Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar) | Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA) |
| Emerson Gabardo (UFPR) | Paulo Henrique Blasi (UFSC) |
| Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile) | Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG) |
| Eros Roberto Grau (USP) | Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR) |
| Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) | Rogério Gesta Leal (UNISC) |
| Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha) | Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile) |
| José Carlos Abraão (UEL) | Sergio Ferraz (PUC-Rio) |
| José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP) | Valmir Pontes Filho (UFCE) |
| José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina) | Weida Zancaner (PUC-SP) |
| José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia) | Yara Stroppa (PUC-SP) |

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Enjuiciamiento de la Discrecionalidad Administrativa

Graciela Ruocco

Profesor Titular Grado 5 de Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor Agregado Grado 4 de Derecho Público de la Facultad de Contador de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor Adjunto Grado 3 de Derecho Público de la Universidad de la República. Especialista en Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

Resumen: En este estudio se busca examinar el clásico tema del control judicial de la discrecionalidad administrativa. Iniciando con el análisis conceptual de la potestad discrecional, el trabajo se propone a identificar el alcance y los límites de dicha especie de actividad administrativa, relacionándola con temas como los principios generales del derecho, la buena administración y los conceptos jurídicos indeterminados.

Palabras-clave: Discrecionalidad administrativa. Control judicial. Potestad discrecional.

Sumario: **1** Introducción – **2** ¿Qué es la discrecionalidad administrativa? – **3** La discrecionalidad administrativa no escapa a la esencia de ser medio para un fin – **4** Discrecional, es la potestad y su ejercicio, no el acto – **5** Alcance y límites de la potestad discrecional – **6** La discrecionalidad y la “buena administración” – **7** La discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados – **8** Conclusiones

1 Introducción

Es cierto que se debe reconocer a la Administración un margen de discrecionalidad que le permita decidir entre dos o más alternativas igualmente válidas, con miras al interés público, cuando la ley le otorga esa “libertad”.

Pero no es menos cierto que en un Estado de Derecho dicha actividad no puede quedar exenta del control jurisdiccional, que en cada caso concreto examinará antes que nada si el órgano emisor del acto tiene asignadas dichas potestades y si cumple con los “elementos reglados del acto”.

El presente trabajo tiene como propósito analizar la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo respecto de la delimitación de cuáles

son los elementos reglados del acto. O dicho de otro modo, los supuestos en los que reposa la discrecionalidad administrativa y que no están excluidos del control jurisdiccional.

Al mismo tiempo, también abordaremos el examen de otros aspectos del llamado acto "discrecional", que hacen a su juridicidad, y que por tanto también admiten el control del Alto Cuerpo. Esto es, si la actuación administrativa respeta los principios de razonabilidad, buena fe, eficacia, igualdad, buena administración, y si el objeto del acto es adecuado al fin querido, expresa o implícitamente, por la norma que confiere el poder discrecional.

En esa mirada hacia la jurisprudencia, hemos advertido que no se ha quedado anclada en nociones que respondieron a un momento histórico de la evolución del Derecho Administrativo, que hoy se encuentran superadas.

Por el contrario, exhibe un lento avance, aunque no siempre claro, pero progresivo y firme, hacia soluciones que reducen el ámbito de la discrecionalidad administrativa exenta de su control.

2 ¿Qué es la discrecionalidad administrativa?

La ley atributiva de competencia puede configurar la potestad de la Administración de dos modos: "...a) o bien precisa y detalla 'la' decisión que ha de adoptarse en el caso. Ob) confiere un margen de libre apreciación de las circunstancias que concurren y rodean al *factum*/motivo/necesidad pública que satisfacen a fin de que pueda el órgano habilitado escoger una entre varias posibilidades..."¹

Es así que puede distinguirse la potestad reglada de la discrecional.²

Discrecionalidad —del latín, *discretio*— indica la "sensatez para formar juicio y tacto para hablar u obrar"³

La discrecionalidad —según enseña Brito— determina un juicio sobre el acto a producir y a la vez moviendo el querer u obrar en conformidad con ese juicio. Es la disposición del agente para la acción que le compete conforme a la ley y ordenada al fin público o bien común.⁴

¹ SOTO KLOSS, Eduardo. El control de mérito de los actos administrativos. La Ley Córdoba. Nº 12. 1989, p. 1024.

² BREWER-CARÍAS, Allan. Notas sobre la discrecionalidad administrativa y sobre su delimitación y sus límites. Cita on line: <www.allanbrewercarias.com/>.

³ Diccionario de la Real Academia Española. Ed. 1970. p. 483.

⁴ BRITO, Mariano. Acto administrativo discrecional. *Derecho Administrativo. Su Permanencia – Contemporaneidad – Prospectiva*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo. 2004. p. 445.

Con palabras de García de Enterría, la discrecionalidad es esencialmente libertad de elección entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos —de oportunidad, económicos, etc.— no incluidos en la ley, y remitidos al juicio subjetivo de la Administración.⁵

De acuerdo con la jurisprudencia de nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la discrecionalidad "*Supone la libertad de la Administración para determinar, de entre varios legítimamente posibles, un especial contenido del acto*".⁶

La discrecionalidad es un poder, pero es a la vez deber primario de la Administración —propio de todo obrar humano— y, al decir de Brito, implica un juicio de ponderación, sensatez y tacto para actuar.⁷

3 La discrecionalidad administrativa no escapa a la esencia de ser medio para un fin

Debe advertirse, siguiendo a Soto Kloss que en ese margen de libre apreciación acerca de las diversas posibilidades de actuación, "*...no todas son en el caso concreto equivalentes: el legislador hace una previsión genérica, pero será el administrador quien al concretar la potestad (para satisfacer una determinada necesidad pública) ha de escoger la más idónea, la que propiamente satisfaga de modo efectivo, real y adecuado a las específicas circunstancias del caso, dicha necesidad pública...*".⁸

La discrecionalidad se advierte, pues, en la relación oportunidad-adequación que transcurre entre el medio y el resultado al cual tiende el acto administrativo.

En tal sentido, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha dicho que la discrecionalidad importa elección libre en cuanto ha de verificarse entre varias conductas igualmente posibles y legítimas, pero referida siempre a su calidad de medios aptos para alcanzar el fin a cargo de la Administración en el caso concreto. La facultad discrecional "*consiste en determinarse por razones inspiradas en la conveniencia del servicio, adoptando las soluciones que en la coyuntura mejor se correspondan con la señalada finalidad*".⁹

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R. Curso de Derecho Administrativo. t. I. Octava Edición. Editorial Civitas. Madrid. 1998. p. 450.

⁶ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Nº 65 de 10 de marzo de 1986. Citado por Mariano Brito. Op. cit. p. 445.

⁷ BRITO, M. Acto administrativo discrecional...cit. p. 445-446

⁸ SOTO KLOSS, E. Op. cit. p. 1024.

⁹ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Nº 442, de 15 de diciembre de 1986 Citado por Mariano Brito. Op. cit. p. 445.

Aquella facultad de obrar debe haber sido conferida para un fin preciso como es el de lograr la mejor solución para el servicio.¹⁰

Entre los supuestos de principio en que reposa la discrecionalidad ocupa un lugar ineludible el relativo al cumplimiento del fin principal que todo actuar del Estado debe procurar: el bien común.¹¹

El Derecho atribuye los poderes públicos para satisfacer las necesidades públicas y obviamente éstas se satisfacen únicamente en cuanto se adopten las medidas, actos o decisiones, más idóneas y pertinentes, más adecuadas y convenientes a ese fin, vale decir conducentes y precisas para ello.¹²

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha mantenido el criterio enunciado, de carácter teleológico, desde 1986 y ha asociado invariablemente el actuar discrecional con la existencia del motivo o el surgimiento del mismo de los antecedentes del acto.¹³

Más aún, vincula el motivo y el fin cuando expresa: *"En este caso es imposible decidir si, en definitiva, el acto enjuiciado se ajustó o no a su exigible finalidad por cuanto se ignora su causa o motivo concreto... El acto enjuiciado, por tanto, carece de una causa o motivo, adecuado, por lo que no pudiendo considerarse suficientemente justificado el cumplimiento de los supuestos normativos o de principio que acreditan el buen uso de las facultades discrecionales de la Administración, el acto resulta inficionado por una irregularidad que determina su anulación"*.¹⁴

Sentencias más recientes nos indican una jurisprudencia firme en tal sentido. En efecto, ha dicho el Tribunal: *"Los poderes discrecionales no se ejercen caprichosamente, ni para satisfacer fines personales, sino por motivos de interés público, es decir por razones atinentes al servicio. Por lo tanto si media un fin extraño, el acto es ilícito y cabe su anulación jurisdiccional"*.¹⁵ Ha destacado *"...la íntima correlación entre 'motivo', 'contenido' y 'finalidad' del acto"*.¹⁶

¹⁰ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 65 de 10 de marzo de 1986. Citado por Mariano Brito. Op. cit. p. 447.

¹¹ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 96 de 31 de marzo de 1986. Citado por Mariano Brito. Op. cit. p. 447.

¹² Cfr. SOTO KLOSS, E. Op. cit. p. 1024.

¹³ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 96 de 31 de marzo de 1986. Citado por Mariano Brito. Op. cit. p. 447.

¹⁴ *Ibídem*.

¹⁵ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 78, de 25 de febrero de 2004.

¹⁶ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 632 de 14 de setiembre de 2010.

4 Discrecional, es la potestad y su ejercicio, no el acto

FIORINI define la discrecionalidad *“como un proceso de apreciación previa para determinar la gestión oportuna y eficaz, realizado por órganos de la administración pública. Esta noción es una consecuencia lógica y exhaustiva del concepto moderno sobre el estado de derecho”*.¹⁷ Y concluye que no puede decirse que el acto administrativo es discrecional.

La discrecionalidad —dice Brito— más que atributo que habilite la calificación “discrecional” de una especie de acto administrativo, es atributo de la situación de libertad del administrador para seleccionar la conducta (acto o abstención en su caso) que concurra al interés de fin público. Pero el acto una vez dictado, ya no es más opción o elección: la Administración formuló su juicio de valor y eligió, y eligió para el fin.¹⁸

Esta afirmación no supone desconocer la discrecionalidad sino que, por el contrario, es un reconocimiento y reafirmación de su existencia, pero reservada al único ámbito posible, esto es, aquel en el cual la Administración, guiada por el juicio prudencial, examina entre las actuaciones posibles y legítimas y resuelve si actúa, y en caso de hacerlo, qué medida adoptará, en orden al fin público debido. El ejercicio del poder discrecional es anterior y se concreta en el dictado del acto; no se confunden.

La discrecionalidad, en tanto ocurre antes, se desarrolla en la esfera del quehacer subjetivo del agente público, y allí no penetra el examen jurisdiccional. Pero determinado el juicio prudencial, efectuada la opción y dictado el acto, nada de éste se sustrae al examen jurisdiccional.¹⁹ El Tribunal no enjuicia el mérito en la etapa de operación de la discrecionalidad, la esfera subjetiva del agente antes de dictar el acto, sino el acto resultante una vez surgido a la vida jurídica.

El control es del acto, no de la parte subjetiva que corresponde a la voluntad administrativa. Se controla, pues, lo pensado, no el acto de pensar.

5 Alcance y límites de la potestad discrecional

Brewer-Carías destaca que el derecho administrativo ha experimentado en las últimas décadas un proceso progresivo de reducción de las llamadas

¹⁷ FIORINI, Bartolomé. La discrecionalidad en la administración pública. Buenos Aires. 1948. p. 57.

¹⁸ BRITO, M. Acto administrativo discrecional... cit. p. 448-449.

¹⁹ BRITO, M. De la razonabilidad del acto administrativo... cit. p. 454.

“inmunidades del poder” en el que la labor de los jueces ha jugado un rol fundamental.²⁰

Ello determina el reconocimiento cada vez más frecuente de la procedencia del control jurisdiccional sobre el actuar administrativo, incluso —o aún más— cuando se trata del ejercicio del poder discrecional.

La regla de interdicción de enjuiciamiento del contenido discrecional de los actos, no puede coartar en absoluto la potestad de los órganos jurisdiccionales para extender su control de los actos discrecionales hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al Derecho.

Ahora bien, cabe cuestionarnos hasta dónde alcanza el referido control.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha precisado ciertos límites de carácter general en los que no existe discrecionalidad, a saber, en la apreciación de los hechos, en las reglas de la competencia, o de procedimiento, en la razonabilidad de su proceder.

Doctrina y jurisprudencia, pues, son contestes en señalar determinados aspectos del acto que no pueden ser alcanzados por el poder discrecional, y que por tanto se encuentran ineludiblemente sujetos al control jurisdiccional.

5.1 La competencia, las formas y el procedimiento como límites a la discrecionalidad

En el entendido que ningún acto es completamente discrecional, existen “elementos reglados” sujetos al control jurisdiccional.

El primer elemento reglado de todo acto es la **competencia** del órgano que lo dicta. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha procedido a la anulación de los actos en los que “...la volición resistida fue dictada extralimitando la Administración las competencias legales que, conforme a la normativa aplicable, rige la cuestión planteada por la actora”.²¹

El segundo elemento es la **forma** cuando la ley establece una determinada. En este lugar reviste fundamental importancia la **motivación**, esto es, la expresión de los motivos en el acto.

Cassagne sostiene que la obligatoriedad de la motivación obedece a dos razones: la primera permite deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad, evitando que el acto aparezca como un producto de la sola y exclusiva voluntad del órgano que lo dicta, lo que resulta incompatible con el Estado de Derecho; y

²⁰ Cfr. BREWER-CARÍAS. Cita on line: <www.allanbrewercarias.com/>.

²¹ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia n° 52, de 21 de febrero de 2007. Anuario de Derecho Administrativo. t. XV. Caso 49. p. 227.

la segunda razón tiene que ver con la tutela judicial efectiva y con la garantía de la defensa, pues si el acto no está motivado, el particular se halla impedido de ejercer las facultades que integran el llamado debido proceso adjetivo (derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada).²²

Durán Martínez²³ desde hace mucho viene sosteniendo el deber de motivar como un principio general de Derecho en el ámbito de la actuación administrativa, posición que ya predomina en doctrina y jurisprudencia.²⁴

La expresión de los motivos en el contenido del acto resulta esencial además, para permitir que los jueces de lo contencioso administrativo puedan hacer realmente efectivos los límites impuestos al poder discrecional.

Es lo que ha sostenido el Tribunal en numerosas sentencias en las que ha procedido a la anulación de actos administrativos —incluso discrecionales— por falta de la debida motivación. Sólo a título de ejemplo, cabe citar una sentencia²⁵ en la que el Alto Cuerpo anuló una resolución de la Intendencia de Canelones por la que había rescindido el contrato de función pública que la vinculaba con el actor. En la oportunidad, luego de reconocer la indudable potestad de la Administración de “...organizar o reorganizar las prestaciones de los servicios a su cargo en procura de su mejor eficiencia”, expresa que “...ello sólo puede ocurrir a partir de una lícita motivación fincada en razones atinentes al mejor interés del Servicio”. En el caso, la Administración “...omitió expresar la razón de ser (motivación) de la decisión administrativa que disponía la rescisión del contrato... impidiéndole al funcionario conocer las específicas razones, los motivos concretos de la Administración para la adopción de tal medida y, en su caso, ejercer el control de legalidad de la misma”.

En apoyo de su decisión cita a Emilio Fernández Vázquez, que en su Diccionario de Derecho Público ha sostenido que “La motivación no constituye un recaudo de legitimidad, sino que es la legalidad del acto administrativo, pues justifica el cumplimiento de los elementos normativos y de los valores de apreciación sobre el mérito y la razonabilidad”.

En la misma sentencia, el Tribunal comparte la opinión de Durán Martínez —expresada en el trabajo citado líneas arriba— que caracteriza a la motivación

²² CASSAGNE, Juan Carlos. “La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”. Cita on line: <www.cassagne.com.ar>.

²³ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La obligación de motivar: un principio general de derecho administrativo. *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo. 1999. p. 69.

²⁴ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia n° 167, de 21 de julio de 1978. *Estudios Administrativos*. N° 1. 1978. Acali, ps. 97 a 99. Con nota del autor citado. Debe considerarse éste como el fallo rector en la materia, seguido de innumerables sentencias en el mismo sentido.

²⁵ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia n° 728, de 16 de setiembre de 2010.

como un vicio de forma. Y convocando a García de Enterría afirma que *"...la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional, sino que por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión"*.

La sentencia que comentamos transcribe el artículo 21 del Decreto N° 30/003, de 23 de enero de 2003, reglamentario de la llamada "Ley de Corrupción" N° 17.060, que reconoce dicha obligación a cargo del administrador.²⁶ Pero agrega, citando a Durán Martínez, que la obligación de motivar *"...está íntimamente vinculada a derechos inherentes a la personalidad humana (en la terminología del art. 72 de la Constitución de la República) no escritos: el que tiene un individuo de conocer el motivo de las disposiciones que se le aplican y el poder impugnarlas en caso de que le causen agravio, que derivan respectivamente del derecho a conocer la verdad y del derecho a defenderse de las agresiones ilegítimas..."*.

Finalmente, invocando calificada doctrina especializada²⁷ concluye que *"...Particularmente importante es la existencia de motivación de los actos discrecionales... por estimar que la expresión de los motivos, en cuya virtud la Administración ha optado por una concreta solución entre las muchas posibles, es sencillamente fundamental a efectos del control jurisdiccional..."*.

Con similar argumentación el Tribunal anuló una resolución de traslado de una funcionaria del Ministerio de Economía y Finanzas por falta de motivación suficiente.²⁸

Asimismo anuló una resolución del Ministerio de Ganadería Agricultura y Pesca por la que suprimió una compensación por tareas prioritarias que beneficiaba al actor. A pesar de reconocer que *"...la redistribución de la partida resulta del ejercicio de una facultad discrecional de la Administración, sustentado en razones generales de buena gestión..."*, anula porque *"...no se ha expresado ninguna razón que explique el hecho de haberse excluido de la nómina de funcionarios habilitados para percibir la compensación"*.²⁹

²⁶ La norma dispone: **"Artículo 21º. - (Motivación de la decisión).** *El funcionario debe motivar los actos administrativos que dicte, explicitando las razones de hecho y de derecho que lo fundamenten. 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"*.

²⁷ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. t. II, p. 330 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ Tomás R. Curso de Derecho Administrativo. t. I, p. 554-555.

²⁸ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 632, de 14 de setiembre de 2010.

²⁹ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 645, de 14 de setiembre de 2010. En esta sentencia el Tribunal cita las consideraciones expuestas en su sentencia N° 662/2009 que entiende enteramente aplicables al caso.

Otra sentencia del Tribunal cuya cita nos ha parecido obligada, es aquella por la que anuló la negativa a una petición efectuada por la actora para ser designada en un cargo, por vía de subrogación. En el caso si bien reconoce que podía designarse interinamente a otro funcionario *“...ello habría requerido un acto que expresara cuáles eran las razones de mejor servicio que justificarían tal medida. Empero no surge de los Antecedentes Administrativos ni de estos autos, que se hubieran alegado y explicado tales razones... la demandada no adujo en su Resolución que hubiera otro funcionario de igual categoría mejor calificado para cumplir la subrogación”*.³⁰

Es aquí que se impone referir sucintamente la jurisprudencia del Tribunal con relación al juzgamiento de puntajes asignados en los concursos o en las calificaciones del mérito de los funcionarios públicos. En tal sentido el Alto Cuerpo ha dicho que los tribunales (de calificaciones o concursos) *“son soberanos”* respecto del contenido técnico de su valoración.³¹

Sin embargo, el Alto Cuerpo ha revisado esta posición³² anulando el fallo de tribunales, fundando la decisión en el cuestionamiento de los criterios de evaluación utilizados y por entender que *“...la volición en proceso no puede mantenerse, por haber sido dictada sin la necesaria y debida fundamentación, lesionando de esta manera el interés directo personal y legítimo de quienes accionan. La motivación consiste en exteriorizar clara y sucintamente las razones que determinan a la autoridad emitir el acto administrativo... responde a ciertos valores trascendentes... Si bien, en principio, el margen de discrecionalidad relacionado con lo técnico adoptado por los tribunales o comisiones de concurso no puede ser revisado por los tribunales del orden judicial... sí en todos los casos es posible el control de los aspectos vinculados o reglados del acto, como sucede con el procedimiento, la falta de motivación y demás vicios de juridicidad, en los casos de inequívoca arbitrariedad, omisión de valorar aspectos trascendentes, violación de las bases de una convocatoria, evidente desproporcionalidad o irrazonabilidad, probados... No se trata de sustituir una decisión del órgano técnicamente competente ni de invadir la zona de reserva de*

³⁰ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 743, de 28 de setiembre de 2010.

³¹ Hasta fecha reciente el Cuerpo ha sido reticente en ingresar a valorar la juridicidad de los puntajes asignados por los Tribunales de Concursos. El TCA fundaba esta posición citando A. CAGNONI, quien expresaba *“Respecto del contenido técnico de su tarea el Tribunal de concurso es soberano, al ser su cometido esencial calificar aptitudes, su juicio no puede ser revisado ya que se asienta sobre la presunción de una competencia adecuada al fin ordenado, de la cual el Tribunal dispone para sentar sus juicios: Salvo el extremo probado de ilegalidad o de desviación de poder, ese juicio no es revisable”* (Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, N° 22, p. 169).

³² Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 625 de 29 de octubre de 2007.

la Administración, sino que se trata de revisar un acto dictado en violación de la regla de derecho, razón por la cual lo actuado deviene antijurídico...".

Nessar al comentar la sentencia transcrita ha resaltado la posición del Alto Cuerpo en este caso, y en tal sentido indica que han preponderado "...los principios de gran relevancia en todo procedimiento competitivo como lo son el de igualdad y publicidad". Y agrega: "*En efecto, es esencial en el procedimiento administrativo y en especial en aquellos de naturaleza competitiva que los concursantes se encuentren en igualdad de condiciones y conozcan a través de medios idóneos los criterios a que se ceñirán los tribunales a la hora de efectuar la selección del vencedor. Es inconcuso que esos criterios deben estar claramente establecidos con anterioridad a la decisión y su apartamiento constituye un obrar antijurídico, pasible de anulación*".³³

El tercer elemento reglado del acto es el **procedimiento**. Aunque no todos, un gran número de actos requieren de un procedimiento previo establecido por la ley. El caso más notorio es el procedimiento licitatorio en materia de gastos del Estado. La Administración no podrá comprometer un gasto sin la realización del previo procedimiento licitatorio cuando no se configuran las excepciones establecidas en el artículo 33 del TOCAF. De no hacerlo, quedará sujeta al control jurisdiccional del Tribunal.

En tal sentido, el máximo órgano de contralor anuló una resolución que dispuso la compra directa a pesar de haberse superado el monto habilitante para obviar el procedimiento de la licitación.³⁴

Asimismo anuló la resolución administrativa que dispuso la celebración de un contrato por el procedimiento de la contratación directa, sin seguir los procedimientos debidos.³⁵ "*...el contrato impugnado nació de una iniciativa privada, en principio perfectamente lícita, siempre que luego de formulada la misma, se siguiera el procedimiento previsto en los arts. 19 y 20 de la ley 17.555... La demandada descartó seguir el mismo, posiblemente porque, llamar a licitación o promover el procedimiento competitivo, adjudicando el contrato respectivo por subasta pública, suponía una larga tramitación, y en su lugar eligió para formalizar el convenio, conforme a lo dispuesto por el art. 50 del Decreto Departamental 3695/95 y la excepción prevista en el lit. I del art. 33 del TOCAF que regulan respectivamente los convenios de patrocinio,*

³³ NESSAR, Silvana. "Tres importantes sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo" publicado en "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins" FCU 2008. p. 793.

³⁴ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 537, de 3 de mayo de 1999, publicada en el Anuario de Derecho Administrativo. t. IX, caso 293. p. 318.

³⁵ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 556, de 24 de setiembre de 2009.

y la excepción de contratación directa en situaciones de urgencia...". No solicitó la certificación de las razones de urgencia: "...Dado que la certificación en cuestión no fue solicitada, la contratación directa es nula, debiendo aplicarse al caso la regla general del acápite del art. 33, que dispone que aquella debía tramitarse por licitación pública, lo que tampoco se hizo... En suma, cabe concluir que en el caso de la contratación impugnada no se cumplió con ninguno de los procedimientos ordenados a tal fin, pues si se pretendió soslayar la convocatoria a audiencia pública llamando a licitación o promover el procedimiento competitivo, porque las razones de urgencia invocadas, que fueron notorias dado las consecuencia devastadoras del temporal del 23.8.05, debió haberse obtenido la certificación del Tribunal de Cuentas, y la aprobación de la Junta Departamental".

5.2 El motivo y el fin del acto como límites a la discrecionalidad

El motivo y fin, se constituyen en un verdadero cerco que limita el ejercicio del poder discrecional.

En cuanto a la determinación del presupuesto de hecho, la Administración debe ceñirse a determinados límites, aún en ejercicio del poder discrecional. Tales límites tienen relación con la comprobación y certeza de los hechos y con su correcta calificación. No basta afirmar que una fábrica contamina para ordenar su clausura. Hay que comprobar que contamina.

Al respecto, dice Cassagne que el denominado vicio de error de hecho habilita el control jurisdiccional, cuando no media comprobación exacta de los presupuestos de hecho del acto.³⁶

El Tribunal es especialmente cuidadoso en la consideración de los motivos y la prueba de su existencia. Al respecto, resulta ilustrativa una sentencia³⁷ en la que el Alto Cuerpo anula una resolución administrativa que dispone, como medida cautelar, la revocación de una habilitación de un laboratorio fundada en la afectación de la salud de la población y en la inexistencia de una legítima habilitación.

En la oportunidad, luego de concluir que "*En realidad, la empresa efectivamente contaba con habilitación para funcionar...*", el Tribunal expresó que la "*...preservación de los intereses de la comunidad*" alegada como motivo del acto "*...no resulta probada al no acreditarse que aquellos estuvieran comprometidos. Ni*

³⁶ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial". Cita on line: <www.cassagne.com.ar>.

³⁷ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia n° 160, de 18 de marzo de 2010.

siquiera el hecho de tener el MSP funciones de 'policía de la salud' podría meritarse semejante decisión cuando no existe ningún perjuicio para la sociedad en su conjunto ni para un particular en especial... De modo que a todas luces resulta incorrecta e infundada la afirmación de que la accionante carecía de habilitación, supuesto que la Administración alegó como sustento fáctico de la resolución impugnada. Siendo falso el motivo del acto, el mismo deviene nulo, correspondiendo por tanto la anulación...". Y culmina con Cajarville Peluffo, en cuanto afirma que cuando los motivos no existen o no son como la Administración pretende, el acto está viciado por inexistencia de los motivos.

Al respecto dice Cassinelli "...como el razonamiento jurídico parte de datos fácticos y procede según la lógica, la falsedad de las premisas de hecho y la conexión lógica entre las premisas y las conclusiones es susceptible de control por el órgano de contralor de legitimidad..."³⁸

Las cuestiones técnicas también deben ser susceptibles del control jurisdiccional en tanto forman parte del mundo jurídico y del control de razonabilidad, porque de lo contrario, si los juicios técnicos fueran inmunes al control de los jueces, se cercenaría la tutela judicial efectiva.³⁹

Al respecto dice Cassagne que "...no es posible proyectar en nuestro sistema el criterio de la deferencia, propio del derecho norteamericano, según el cual los jueces no penetran en el análisis de los juicios técnicos o especializados de la Administración, salvo irrazonabilidad grave o manifiesta. El control judicial de las cuestiones técnicas no implica invadir zonas reservadas a otros poderes del Estado. Simplemente, el juez puede controlar a través de peritos el ejercicio correcto y razonable de los juicios técnicos de la Administración por más 'alta complejidad' que contengan, de modo que no encuentra justificación alguna en nuestro sistema constitucional la jurisprudencia que limita el control judicial a los supuestos en que media arbitrariedad. La 'alta complejidad' no es argumento que justifique válidamente que los jueces eludan el control de la actividad administrativa que les asigna e impone la Constitución"⁴⁰

En mérito a tales conclusiones, perfectamente aplicables a nuestro derecho, entendemos que el Tribunal puede —y debe— ingresar al análisis de cualquier cuestión técnica resuelta por la Administración, incluyendo los fallos de los tribunales de concurso o calificaciones de los funcionarios públicos.

³⁸ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. "El Mérito y el Fondo" En *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. t. 69, p. 254 y ss.

³⁹ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial". Cita on line: <www.cassagne.com.ar>.

⁴⁰ *Ibidem*.

Y así lo ha resuelto en un caso *la Sede cuando advierte que ha existido diversidad de criterios para juzgar a los distintos postulantes... Como se expresaba en la sentencia 513/91, se trata de juzgar "...no los méritos de cada postulante— sino el ajuste del juzgamiento del Tribunal de Concursos a las pautas que regulan su actividad... Si bien el Tribunal de Concursos, es soberano en su juicio de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sede, no debe adoptar un juicio discrecional, es decir, una alternativa entre muchas posibles, sino estrictamente determinar si los méritos aportados por los concursantes, encuadran en la categoría 'capacitación estrechamente vinculada al cargo a concursar...'* que requerían las bases del concurso... *la Corporación sostiene que resulta alejado de criterios de igualdad con que el Tribunal de Concursos debía manejarse, tener en consideración en un caso las materias que integran una carrera universitaria, y en el otro, descartar a priori el título universitario... y no considerar las materias que lo integran*"⁴¹

Ahora bien, no es ese el único ámbito de control jurisdiccional sobre los hechos que motivan el acto. Dentro del proceso lógico de formación del mismo, aún en el caso del acto discrecional, la Administración, después de constatar y comprobar los presupuestos de hecho, debe proceder a la subsunción de los mismos al presupuesto de derecho, a la norma que autoriza su actuación, es decir a la "calificación jurídica de los hechos".

En este aspecto también procede el control jurisdiccional, en lo que la jurisprudencia italiana ha denominado "tergiversación de los hechos"⁴² y entre nosotros "errónea apreciación de los motivos de hecho", es decir cuando los hechos fueron sustancialmente distintos a como fueron aprehendidos por la autoridad administrativa a la luz del derecho. Supone hacer uso indebido del poder que es atribuido a la Administración, independientemente del fin logrado.

Resulta ilustrativa al respecto la jurisprudencia del Tribunal que anula una resolución del Ministerio del Interior que deniega la transformación de un cargo solicitada por un funcionario al amparo de la ley —a pesar de haberse cumplido los requisitos que la misma establece— con fundamento en que la ley no autorizaba a disponer créditos adicionales para financiar las diferencias salariales que se generaban como consecuencia de la transformación.⁴³

En el caso el Tribunal sostuvo "*...que la utilización por el legislador del término 'Habilitase' está indudablemente colocando en el ámbito de la discrecionalidad*

⁴¹ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 241, de 22 de marzo de 2011.

⁴² BREWER-CARÍAS. Cita on line. Invoca a Sebastián Martín-Retortillo Baquer: "El exceso de poder como vicio del acto administrativo". Revista de Administración Pública N° 23. Madrid. 1957, p. 131.

⁴³ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 94, de 25 de febrero de 2010.

del Ministerio del Interior la decisión de la transformación de los cargos que allí se contemplan...". "...una vez que se verificó que la situación personal (profesional) y funcional del Agente... satisfacía las dos únicas exigencias legalmente preceptuadas... nada podía obstaculizar la decisión del Ministerio del Interior de disponer la transformación del cargo solicitada... Y no cabe la introducción por el administrador, por vía de interpretación de la norma, de un nuevo requisito o exigencia que la propia ley en forma alguna previó como tal. Justamente la lógica de lo razonable indica que el legislador tenía por qué conocer que el tipo de transformación de cargo que se trataba insumía un costo adicional..." "...la autorización de costos adicionales emerge implícita de la norma jurídica, ya que de lo contrario,... se ingresaría a un inaceptable supuesto de desaplicación de la ley por parte del administrador".

La discrecionalidad tampoco alcanza a la **finalidad** perseguida, en la medida que el acto, aún el discrecional, debe adecuarse a los fines que la norma prevé para su emisión por la Administración.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo procedió a la anulación de una resolución sancionatoria de un funcionario del Banco de Seguros del Estado, por entender probado que *"...mediaron fines espurios en el procedimiento seguido al actor... concluyéndose que el acto resistido adoleció de desviación de poder... En definitiva las carencias en la prueba, los claros indicios de la existencia de intereses personales en juego de quien fuera el jerarca denunciado..., las apreciaciones de los testigos respecto de la segunda instructora sumariante, las conexiones entre el concurso y el sumario y la evidente desproporción de la sanción aplicada, conducen a que esta Corporación se incline por la anulación de la volición atacada"*.⁴⁴

Ahora bien, no se trata solamente de enjuiciar si la Administración ha perseguido fines diversos que los establecidos (desviación de poder), sino que además debe verificarse si la actuación es adecuada para la obtención de los mismos, como desarrollaremos más adelante.

5.3 La arbitrariedad y los principios generales de derecho como límites a la discrecionalidad. La razonabilidad

El límite más absoluto del poder discrecional es la arbitrariedad que se define como el *"...acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o capricho"*.⁴⁵

⁴⁴ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 916, de 9 de noviembre de 2010.

⁴⁵ Diccionario de la Real Academia, citado por CASSAGNE, Juan Carlos. "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial". Cita on line: <www.cassagne.com.ar>.

Cassagne sostiene que “...existe en el ordenamiento constitucional un conjunto de preceptos que permiten afirmar que el principio de prohibición o interdicción de la arbitrariedad posee fundamento constitucional”;⁴⁶ afirmación perfectamente aplicable entre nosotros (artículo 10 de la Carta). Este precepto contiene implícita la prohibición de arbitrariedad, como protección de la libertad.⁴⁷ Concluye el autor afirmando que “...resulta evidente que si nadie está obligado a hacer lo que la ley o el derecho no mandan, la Administración no puede ordenar conductas contrarias a la ley ni al derecho ni privar de lo que la ley (en sentido amplio) no prohíbe. En otros términos, al estar la Administración sujeta a la ley y al derecho, el precepto contiene la regla de la prohibición de arbitrariedad que se configura así como un principio general de derecho público que... tiene fundamento en otras normas constitucionales que completan la regla contenida en el art. 19 de la CN”;⁴⁸ nuestro artículo 10.

En esta materia los principios generales de derecho han suministrado el arsenal inicial para la lucha contra el accionar arbitrario, evidenciándose esfuerzos significativos por permitir que el juez ingrese en el ámbito de la discrecionalidad y controle la arbitrariedad, lo que no implica una sustitución de la discrecionalidad administrativa por la jurisdiccional.⁴⁹

Los principios generales que suelen ser invocados para limitar el poder discrecional, son los de injusticia manifiesta, razonabilidad,⁵⁰ buena fe, proporcionalidad, equidad, igualdad, y en general todos los principios derivados de los derechos y libertades fundamentales de las personas, pues es evidente que la Administración no puede, en nombre de las potestades discrecionales, violar principios supraconstitucionales consagrados como base entera de la organización social y del orden jurídico.⁵¹

Vale citar como ejemplo de anulación de una decisión administrativa con fundamento en los principios generales de derecho, la sentencia del Tribunal por la cual se anula una adjudicación para la contratación de un servicio de asesoría en comunicación institucional.⁵²

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Artículo 5º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

⁴⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. “La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”. Cita on line: <www.cassagne.com.ar>.

⁴⁹ NIETO, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. En *Revista de Administración Pública*. Nº 44. Madrid. 1964. p. 157

⁵⁰ Vé. RISSO FERRAND, Martín. *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*. Segunda edición actualizada y ampliada. Colección Internacional. Nº 27. Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2011. p. 158 y ss.

⁵¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo. En *Revista de Administración Pública*. Nº 38. Madrid. 1962. p. 178-179.

⁵² Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Nº 940, de 11 de noviembre de 2010.

En tal caso el Tribunal sentenció: “...la Administración se apartó de las normas que regulan el procedimiento licitatorio, vulnerando no sólo el Pliego correspondiente sino también los principios generales del Derecho, lo que inficionó de nulidad el acto atacado... la propia Administración debe ceñir su actuación al principio de buena fe más que ninguno de sus co-contratantes”.

También en el caso invocó los principios de “razonabilidad”, “igualdad de los oferentes” y “libre concurrencia”, admitiendo la potestad de modificación de los pliegos, siempre que la misma no violentara tales principios y que se configurara con anterioridad a la presentación de las ofertas. Las “...violaciones de los pliegos de condiciones en cuanto implican una lesión efectiva de tratamiento igualitario de los licitantes invalidan el acto de adjudicación (Sent. 68/99)”.

En la misma sentencia el Tribunal invocó el principio de la debida fundamentación de las resoluciones de adjudicación respecto de los apartamientos de los informes técnicos producidos por la Comisión Asesora de Adjudicaciones, invocando el artículo 59 del TOCAF.⁵³

Entre los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional destacamos el que deriva de las exigencias impuestas por el **principio de igualdad**, que impide los tratamientos desiguales ante situaciones iguales o esencialmente análogas. Existe desigualdad, aún en la actividad discrecional, cuando surge un trato disparate de dos o más casos, pese a no existir sustancial diferencia de circunstancias. Es aquí donde juega un rol fundamental la llamada “vinculación del precedente”. Durán Martínez ha considerado al “precedente administrativo” como fuente de derecho administrativo.⁵⁴

En este sentido cabe invocar nuevamente la sentencia del Alto Cuerpo —ut supra citada— por la que anuló una resolución de la Intendencia de Canelones que rescindía un contrato de función pública de un Inspector, entre otros argumentos, por violación del principio de igualdad. Al respecto expresó: que si bien admite que en el caso la Administración gozaba de discrecionalidad respecto de la organización del servicio “...no existen en el acto ni en sus antecedentes motivos que justifiquen el tratamiento desigualitario respecto del actor a la hora de reasignar tareas a los funcionarios que revistaban en la Unidad suprimida. No obran en los

⁵³ La norma —en su parte final— dispone “Si la adjudicación no recayese en el oferente u oferentes aconsejados por esa Comisión, deberá dejarse expresa constancia de los fundamentos por los cuales se adopta resolución divergente”.

⁵⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “El precedente administrativo” en *Revista de Derecho*. Universidad Católica del Uruguay/Konrad Adenauer Stiftung. Montevideo. 2010. Nº 05. p. 51 y ss.

antecedentes los criterios que siguió el jerarca para reasignar a algunos funcionarios y concluir la imposibilidad de reubicar al demandante de autos".⁵⁵

En Argentina este límite a la discrecionalidad ha sido englobado en la exigencia de "razonabilidad" en la actuación administrativa, en el sentido que un acto administrativo puede ser revisado judicialmente si es irrazonable o arbitrario.⁵⁶

Linares dice que la razonabilidad se ha configurado en un *Standard* jurídico comprensivo de una serie de valores que deben guiar la actividad administrativa y que realizan la justicia con todos sus sinónimos: equivalencia, proporción, adecuación, igualdad, paridad, justa distribución, dar a cada uno lo que le corresponde.⁵⁷

La falta de razonabilidad puede resultar de una decisión manifiestamente inoportuna en la elección del momento, en la elección de los medios cuando son desproporcionados, en el actuar discriminatorio, etc.

El Tribunal Supremo español acudió también al principio "*favor libertatis*" para acomodar la actuación administrativa al procedimiento menos restrictivo de la libertad.⁵⁸

5.4 Actuación adecuada. Idoneidad del medio elegido como límite a la discrecionalidad

El juicio de mérito, según lo dicho, no puede derivar en desigualdad y se halla excluido de los motivos y del fin. Los dos elementos obran a modo de límite, cercando la discrecionalidad.⁵⁹

Ahora bien, mientras el motivo es el antecedente de hecho y de derecho del acto —es ser— el fin encierra una cuestión axiológica —deber ser—. En efecto, mediante el acto se procura la realización de los especiales valores expresados en la atención del interés general e ínsitos en la concepción del Estado de Derecho.

⁵⁵ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 728, de 16 de setiembre de 2010.

⁵⁶ LINARES, Juan F. Poder discrecional administrativo. Buenos Aires. 1958. p. 155; cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial". Cita on line: <www.cassagne.com.ar> en cuanto expresa: "La ausencia de proporción hace que el acto carezca de razón suficiente convirtiéndose en un acto afectado de irrazonabilidad (una de las formas de la arbitrariedad)...".

⁵⁷ *Ibidem*. p. 164.

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo. t. I. Madrid. 1983, p. 449-451.

⁵⁹ BRITO, Mariano. De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su control jurisdiccional anulatorio. En *Derecho Administrativo. Su Permanencia – Contemporaneidad – Prospectiva*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo. 2004. p. 457.

Esos valores —dice Brito— no son sólo los del bien común más general, sino que también alcanza a los que se expresan en la concepción de la persona humana, dotada de existencia sustantiva individual, con una personalidad espiritual y una esfera de fines propios —y por ello, derechos inherentes— sin perjuicio de su fin social.⁶⁰

Determinado el fin que debe perseguir la Administración, ella no puede desentenderse —según adelantamos— de la idoneidad del medio (el acto) que elija para el logro de aquél. El acto debe ser idóneo para el fin, porque a la Administración le compete obrar para satisfacer aquel interés, en vista del cual se le otorgan los poderes jurídicos correspondientes. *“La juridicidad del acto requiere que el acto armonice con el interés público”*.⁶¹

Es necesario que el medio empleado (el acto) sea razonablemente proporcionado, apto para alcanzar el fin. A ello refiere el Tribunal de lo Contencioso Administrativo cuando expresa: *“...el órgano jurisdiccional puede anular una resolución aprobatoria de las bases del concurso sólo cuando constate manifiesta ilegitimidad, lo cual no supone solamente la lesión de determinada norma jurídica sino también quebrantamiento de la regla de razonabilidad, en cuanto ésta constituye una suerte de patrón axiológico que opera como valla del ámbito de discrecionalidad de que goza la Administración”*.⁶² Si bien compartimos la decisión jurisdiccional transcripta en cuanto considera infringida la legitimidad cuando se quebrantan las reglas de la razonabilidad, discrepamos con el Alto Cuerpo, según desarrollaremos más adelante, en la exigencia de *“manifiesta”* ilegitimidad, porque si está probado que existió apartamiento de la juridicidad no es dable exigir que sea manifiesta.

Al respecto dice Cassagne que *“...los jueces se encuentran facultados para controlar la razonabilidad de la actuación administrativa, aún cuando la arbitrariedad que exhiben no sea manifiesta. Porque la circunstancia de que un defecto no resulte patente, notorio u ostensible, no tiene por qué limitar el alcance del control habida cuenta de la posibilidad que ofrece la técnica del control judicial suficiente (en cuanto al derecho de ofrecer y producir prueba...”*.⁶³

Es por ello que concluimos que la jurisprudencia restrictiva que exhibe el control del Tribunal no armoniza con nuestro sistema constitucional, en tanto

⁶⁰ BRITO, M. Acto administrativo discrecional... cit. p. 448.

⁶¹ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 1966. t. II. p. 444.

⁶² Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 949 de 23 de agosto de 1999 (p. 449-450 Brito nota 19).

⁶³ CASSAGNE, Juan Carlos. “La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”. Cita on line: <www.cassagne.com.ar>.

debe verificar el cumplimiento de las exigencias de razonabilidad, sea que el apartamiento contenga la nota de manifiesto o no.

También ha dicho el Tribunal que *“La discrecionalidad es una facultad de la Administración para asegurar eficazmente los medios utilizados para conseguir un fin y adquiere relevancia jurídica cuando el administrador quiere custodiar cabalmente intereses confiados a su tutela”*.⁶⁴

Citando a García de Enterría, el máximo órgano de control administrativo señala que la discrecionalidad comporta *“...una estimación subjetiva de la propia Administración en el proceso aplicativo de la ley... Pero esta estimación subjetiva no es una facultad extralegal, que surja de un supuesto poder originario de la Administración, anterior o marginal al Derecho; es por el contrario una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamado expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter. Por eso la discrecionalidad no es un supuesto de libertad de la Administración frente a la norma, como pretendía la antigua doctrina; más bien, por el contrario, la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal: la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada por vía normativa general sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo”*.⁶⁵

Las precedentes afirmaciones, que conducen inexorablemente a un control jurisdiccional de la actividad discrecional, no implican su negación. En efecto, la Administración cuenta con poderes discrecionales que operan siempre en el ámbito del juicio de opción, cuando elige la solución para el caso. Pero la actuación permanece en la zona de la juridicidad del acto administrativo, porque, admitiendo la ineludible exigencia jurídica de proporcionalidad del acto para el fin, queda sujeta al contralor jurisdiccional.

Resulta claramente separable la discrecionalidad pura, de los elementos jurídicos que la rodean en el acto.⁶⁶ Es respecto de dichos elementos que procede el control jurisdiccional anulatorio en el Derecho uruguayo, ya que se trata de examinar la idoneidad o razonabilidad del acto para la satisfacción del interés público, fin al que éste debe tender.

⁶⁴ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 187 de 13 de abril de 1998 (p. 450 Brito nota 19).

⁶⁵ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 934 de 14 de octubre de 1998 (p. 450 Brito nota 19).

⁶⁶ MÉNDEZ, Aparicio. Lo Contencioso Administrativo de Anulación en el Derecho Uruguayo. Montevideo. 1952. p. 119.

De tal manera que —dice Brito— el órgano jurisdiccional controlará, someterá a su examen, no la intensidad de la oportunidad o conveniencia del acto (mérito en sí), juicio antecedente, sino su razonable aptitud para el fin debido.⁶⁷

El acto puede ser razonable respecto de los motivos que lo fundan; la actuación del agente pudo no apartarse del fin debido; pero el acto puede igualmente no ser idóneo para conseguir esa finalidad. Por ejemplo, la decisión administrativa del órgano competente de vacunar el ganado de **un solo** productor contra la aftosa en caso de epidemia, exhibe una motivo razonable (la epidemia) y no se aparta de la finalidad perseguida (erradicar la enfermedad), pero no es idónea para el logro de ese fin, porque no se dispone la vacunación masiva, sino sólo del ganado de un único productor.

De tal modo, el ostensible alejamiento, irrazonabilidad del acto respecto del fin, hará a ése pasible de la sanción jurisdiccional. Es así que el Alto Cuerpo sentencia que *“La discrecionalidad otorgada a la Administración nunca puede ser irrestricta dado que siempre está limitada por la ‘razonabilidad’ instrumentada en la motivación y pautada por el propósito de contemplar el interés del servicio”*.⁶⁸

No se trata de desconocer el alcance de la discrecionalidad, apreciación libre de la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa: libertad para decidir si debe o no actuar, y en caso afirmativo, qué medidas adoptará. Se trata, en el Estado de Derecho, de afirmar esa libertad, pero sujeta al control jurisdiccional de la razonabilidad del acto en orden al fin, porque si esa regla resultara infringida la Administración excedería la zona del actuar lícito, sobrepasando sus límites, porque el acto debe dictarse para ese fin.

No condicionará el órgano jurisdiccional la discrecionalidad misma, cuya operación en el tiempo precede al acto, sino el fruto del juicio de valor ya cumplido, esto es, el acto administrativo, en cuanto éste debe responder a la regla de razonabilidad o adecuada proporción para el fin debido. En el examen de la razonabilidad del acto en vista a ese fin, el Tribunal sancionará la ausencia de correspondencia, mostrando el límite de la actividad administrativa y el acto en tal caso podrá ser anulado, no obstante su regularidad jurídica en punto a los demás límites de la legalidad.⁶⁹

El principio de razonabilidad fue examinado en múltiples ocasiones por el Tribunal de lo Contencioso en el ámbito de la potestad disciplinaria, afirmando

⁶⁷ BRITO, M. Acto administrativo discrecional... cit. p. 450.

⁶⁸ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 1168 de 33 de octubre de 1999 (p. 449-450 Brito nota 19).

⁶⁹ BRITO, M. Acto administrativo discrecional... cit. p. 451.

la regla de la proporcionalidad entre la infracción y la sanción. Su jurisprudencia ha oscilado entre la afirmación de falta de jurisdicción para pronunciarse sobre la graduación de la sanción,⁷⁰ a supuestos en los que la reconoce ante casos de desproporción evidente.⁷¹

Al respecto ha dicho que *“La sanción impuesta excede en mucho lo ‘razonable’ y así debe declararlo el Tribunal, que no está habilitado a reformar el acto, pero sí a anularlo a fin de que la Administración lo recomponga y lleve a sus justos términos”*.⁷²

Recientemente, apartándose de lo dictaminado por la Procuraduría en lo Contencioso Administrativo, que aconsejaba no ingresar al quantum de la sanción, por ser resorte de los órganos que administran, el Tribunal, argumentando en base a la teoría de los actos propios, anuló una resolución de suspensión por seis meses a un funcionario de ANEP. Luego de sintetizar con acierto las nuevas tendencias de la doctrina especializada a propósito de la delimitación de la sanción y que cuestionan la pretendida inmutabilidad de lo discrecional,⁷³ exige una “conexión lógica” entre el entorno fáctico del acto sancionatorio y el fin perseguido, y atiende a la exigencia de un proceder razonable en los casos de desproporción.⁷⁴

El examen de la potestad reglamentaria del Estado también ha dado ocasión al Tribunal para analizar la cuestión de la razonabilidad, señalando que la Administración está habilitada para establecer los requisitos para el otorgamiento de una autorización, cuando la ley no lo predetermina *“...siempre que no sean violatorios de principios constitucionales y no se traduzcan en imposiciones arbitrarias y no razonables”*.⁷⁵

El Tribunal se introduce en el examen de la adecuada ponderación de la medida dispuesta, lo que constituye una sustancial garantía de protección para la persona en la zona de la discrecionalidad administrativa.⁷⁶

De manera que la razonabilidad forma parte de la legalidad y por tanto es controlable por el órgano jurisdiccional.⁷⁷

⁷⁰ TCA sentencia n° 206 de 8 de octubre de 1975.

⁷¹ TCA sentencia n° 27 de 5 de marzo de 1975.

⁷² TCA sentencia n° 156 de 12 de abril de 2004, publicada en Anuario de Derecho Administrativo. t. XII, caso 220. p. 223.

⁷³ LORENZO, Susana. Sanciones administrativas, Editorial B de F, p. 18.

⁷⁴ TCA sentencia n° 427 de 17 de junio de 2010. Esta sentencia, vale destacarlo, marca un hito trascendente en la jurisprudencia del Tribunal, en cuanto califica de **“fundado”** el cuestionamiento que el Profesor Augusto Durán Martínez —recordando a Brito— ha formulado a la presunción de legitimidad del acto administrativo, considerándola como un “mito innecesario y pernicioso”.

⁷⁵ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia n° 114/72 de 9 de agosto de 1972.

⁷⁶ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia n° 187 de 13 de abril de 1998.

⁷⁷ BRITO, M. De la razonabilidad del acto administrativo... cit. p. 457.

6 La discrecionalidad y la “buena administración”

El Tribunal ha dicho⁷⁸ que sólo ejerce el control de legalidad de los actos administrativos, escapando a su control el mérito, justicia o conveniencia de los mismos, salvo la reserva que, en cuanto a las reglas de la buena administración, establece el art. 311 inciso 2 de la Constitución y que abriría campo para su enjuiciamiento.

Está abierta a la competencia del Tribunal la consideración del “*principio de la buena administración*” que tiene jerarquía constitucional, desde la Constitución de 1952.

Sandulli dice que en base al principio de la buena administración, la acción administrativa debe necesariamente ser explicada en vista a la satisfacción de una administración eficiente y apropiada, esto quiere decir que ella debe ser desarrollada, con respeto de la ley, en orden a la satisfacción de la exigencia del interés colectivo en general (interés público genérico) y el interés colectivo que está en la base del particular deber administrativo de actuar en el caso específico (interés público específico) inherente al poder público ejecutado en el caso concreto.⁷⁹

Parejo Alfonso sostiene que la actuación administrativa debe ser congruente con el fin público, y ello incluye la **eficacia jurídica** —deber ser normativo— pero también la **eficacia práctica**, esto es, al servicio del interés general, razón por la cual la Administración pública debe ser organizada, programada legalmente, idónea y sistemática para la realización práctica de éste.⁸⁰ La satisfacción del fin público —eficacia— es preceptiva y por ello no puede ser ajena al control jurisdiccional de legalidad, para asegurar que sea dado a cada uno lo suyo.⁸¹

Cajarville, invocado por Durán Martínez, define la eficacia administrativa como “...*la aptitud de la actividad como medio para obtener el resultado procurado y a su idoneidad para perseguir los fines impuestos por el derecho*”.⁸²

⁷⁸ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 442/86.

⁷⁹ SANDULLI, Aldo. Manual de Derecho Administrativo. Citado por Brito p. 453).

⁸⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano. La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios. En Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Nateo. Valencia 2000. t. II, p. 1952.

⁸¹ BRITO, M. Control jurisdiccional de la Administración. En *Derecho Administrativo. Su Permanencia – Contemporaneidad – Prospectiva*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo. 2004. p. 354.

⁸² CAJARVILLE, Juan P. “El derecho a defenderse en vía administrativa y la eficacia y la eficiencia de la administración”, en *Sobre Derecho Administrativo*. Segunda Edición Ampliada. F.C.U.. Montevideo. 2008. t. II. P. 220. Citado por DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Eficacia y Eficiencia: ¿Mérito o Legalidad?”, en prensa.

La máxima eficiencia en la actuación administrativa es un principio general de derecho que ha recibido reconocimiento expreso en diversas disposiciones de derecho positivo, como el artículo 19 del Decreto N° 30/003, de 23 de enero de 2003 —reglamentario de la Ley N° 17.060 denominada “Ley de Corrupción”— que establece como deber de los funcionarios públicos el de utilizar los medios idóneos para el logro del fin de interés público a su cargo, procurando alcanzar la máxima eficiencia en su actuación.⁸³ También está mencionado entre los principios propios del procedimiento administrativo (artículo 2 del Decreto N° 500/991) junto a los de economía y celeridad.

La única referencia a la eficiencia que contiene nuestra Constitución se encuentra en el artículo 60, cuando mandata al legislador la creación del Servicio Civil de la Administración Central, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados asignándole los cometidos “*para asegurar una administración eficiente*”.

Por su parte, Durán Martínez sostiene que esa eficiencia —que toma como sinónimo de eficacia desde la perspectiva de nuestra Constitución— se encuentra implícita en la noción de “*buena administración*” ya referido líneas arriba. Siguiendo a GIORGI y a Cajarville, relaciona la buena administración con la eficacia, referida a la adecuada elección de los medios y la oportunidad de las competencias para la consecución del fin específico de la Administración. Concluyendo que si tales medios no son aptos para el fin debido hay ilegitimidad. “*La adecuación al fin se vuelve regla ineludible de la juridicidad del llamado acto discrecional*”.⁸⁴

Al respecto dice el autor que “*Si el poder no sirve para lo que se le ha creado o se ejerce de una manera ineficaz, se incurre en una mala administración o, lo que es lo mismo, en una conducta contraria a la buena administración*”.⁸⁵ Y que ello no supone negar el poder de la Administración de elegir, sino advertir que ese poder debe ser ejercido útilmente para el fin debido.

7 La discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados

Al haber introducido la doctrina, y la jurisprudencia en forma cada vez más creciente, la exigencia de “*la eficacia*” como criterio constitutivo de la regularidad jurídica del acto y del ejercicio del poder discrecional, se incorpora al análisis la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, en el entendido que la eficacia y la eficiencia no son conceptos determinados como la mayoría de edad.

⁸³ Citado por DURÁN MARTÍNEZ, A. “Eficacia y Eficiencia: ¿Mérito o Legalidad?” cit.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ DURÁN MARTÍNEZ, A. “Eficacia y Eficiencia: ¿Mérito o Legalidad?” cit.

Brito destaca la vinculación entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, porque a fuerza de realzar su inconfundibilidad puede a veces caerse en el error de su confrontación u oposición. Siguiendo a García de Enterría señala que no hay tal oposición. Ha sido mérito de la doctrina alemana contemporánea revelar con precisión esta distinción.

La doctrina ha oscilado entre considerar el proceso de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados como un proceso reglado que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad,⁸⁶ o bien como un mecanismo de limitación de la discrecionalidad.⁸⁷

En los denominados conceptos jurídicos indeterminados, la indeterminación lógica del enunciado no se traduce en una indeterminación absoluta de su aplicación, que permita cualquier interpretación y la contraria... Por el contrario, resulta manifiesto que la utilización que el acto hace de estos conceptos apunta inequívocamente a una realidad concreta, perfectamente indicada como determinable, pues por lo pronto proscribiera absolutamente tomar en consideración el concepto contrario u opuesto. Es en este sentido que se dice que los conceptos jurídicos indeterminados postulan una única solución justa. La unidad de solución justa no significa que haya una sola conducta específica y singular que pueda merecer.⁸⁸

Al decir de Nieto, en la discrecionalidad la operación administrativa es de naturaleza *volitiva*; en cambio en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados es *intelectiva*.⁸⁹

García de Enterría afirma que esa única solución justa no significa imposibilidad de apreciación entre diversas alternativas, sino que reconoce la existencia de un "margen de apreciación" necesariamente iluminado y correlativamente guiado por el "*núcleo del concepto determinado*". En efecto, distingue en los conceptos indeterminados un "halo" o "núcleo de certeza", de absoluta certeza, un halo de imprecisión o posible incertidumbre, y un lugar —más o menos alejado

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo. t. I. cit... p. 450.

⁸⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Quinta Edición actualizada. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1996. p. 124.

⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Democracia. Jueces y control de la Administración*. Civitas. Madrid. 2000, quinta edición ampliada, p. 226; cfr. BRITO, M. Control jurisdiccional de la Administración en Uruguay. En *Derecho Administrativo. Su Permanencia – Contemporaneidad – Prospectiva*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo. 2004. p. 358; cfr. DURÁN MARTÍNEZ, A. "Eficacia y Eficiencia: ¿Mérito o Legalidad?" cit.

⁸⁹ NIETO, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria...cit. p. 154-155.

del centro, pero inexorable— de certidumbre categóricamente negativa.⁹⁰ Es en el “halo de incertidumbre” que el autor admite un “*margen de apreciación*” por parte de la Administración.⁹¹

Los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, como los conceptos de “urgencia”, “interés general”, “orden público”, “utilidad o necesidad pública” y —según veremos, también— “oferta más conveniente”.

Son conceptos dinámicos, que cambian con el correr de los tiempos y la evolución de las costumbres, de acuerdo a los criterios dominantes en el medio social en que se aplica.

Entendida de esta forma la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados conduce a una reducción efectiva del ámbito de la libertad de apreciación y a una ampliación de los poderes de control judicial.⁹² Al respecto, Brewer-Carías sostiene que los conceptos jurídicos indeterminados han servido para reducir la discrecionalidad.⁹³

En Italia se habla de “discrecionalidad técnica”.⁹⁴ En Francia si bien no se recurre a esta terminología, la consideración de estos conceptos ha sido utilizada en el ámbito del ejercicio de las potestades discrecionales, admitiendo el control jurisdiccional en relación con la calificación de los hechos y en la apreciación de los motivos de los actos administrativos, aplicando conceptos como los de “error manifiesto de apreciación” o el principio de “*balance costo-beneficio*”, todo lo cual se considera control de legalidad.⁹⁵

El TCA ha advertido la conexión entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados en tanto la primera entraña varias posibilidades para el obrar y los segundos acotan o limitan —balizan— el campo del actuar.⁹⁶

⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Democracia. Jueces y control de la Administración*, citado por DURÁN MARTÍNEZ, A. “Eficacia y Eficiencia: ¿Mérito o Legalidad?” cit.

⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Cuadernos Civitas. Madrid. 1995, tercera edición, p. 38, citado por DURÁN MARTÍNEZ, A. “Eficacia y Eficiencia: ¿Mérito o Legalidad?” cit.

⁹² BREWER-CARÍAS. Cita on line: <www.allanbrewercarias.com/>.

⁹³ BREWER-CARÍAS. Cita on line: <www.allanbrewercarias.com/>. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo*. En *Revista de Administración Pública*. Nº 38. Madrid. 1962. p. 154.

⁹⁴ *Ibidem*. Con citas de Aldo Sandulli y Massimo Giannini.

⁹⁵ *Ibidem*. Con cita a André De Laubadere que considera los casos de “error manifiesto de apreciación” como casos de “apariencia” de control del poder discrecional. Para el autor en estos casos hay poder reglado.

⁹⁶ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia nº 1275 de 13 de diciembre de 1993.

Entendemos que la postura de nuestro Tribunal de lo Contencioso se asimila a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, en tanto y en cuanto considera que sólo puede entrar a juzgar en casos de error manifiesto de apreciación o vicios en la motivación de la decisión. Es en estos supuestos que el Alto Cuerpo ha enjuiciado los actos a la luz del principio de razonabilidad. Según adelantamos, discrepamos con la exigencia de error "*manifiesto*".

Un reciente fallo del Tribunal ilustra acabadamente la precisa consideración con que el Alto Cuerpo sentencia a propósito de los conceptos jurídicos indeterminados, como límites al proceder administrativo, y su vinculación con la motivación de la decisión. Se trata de la modificación de la franja de prohibición para la pesca.⁹⁷

En la ocasión el Tribunal argumentó: "*...El agravio sustancial planteado por las actoras refirió a la ausencia o insuficiencia de la motivación... no puede entenderse que la somera referencia a la 'situación de los recursos pesqueros', sea suficiente para conocer con precisión las razones por las cuales se limitaba una situación respecto a la cual no existían obstáculos hasta ese momento... el control de esta producción [se refiere a la pesquera] es un poder-deber del Estado en la medida que debe velar por su preservación... no puede cuestionarse la potestad legal y reglamentaria, que ostenta la Administración para establecer la amplitud de la franja dentro de los parámetros en que se dispuso, de sector y período de tiempo".* Luego de referir el marco jurídico que regula la materia, sentenció: "*Normas éstas que no acotan tal facultad, exigiendo se tenga en cuenta determinada circunstancia, expresamente prevista o algún concepto jurídico —indeterminado, no precisado— que exigiera a la Administración precisar, para justificar el haber adoptado la única decisión justa posible [y sigue cita de García de Enterría]*". No obstante agrega: "*Pero si bien ello es así... lo cierto es que las normas aludidas, no conceden una potestad discrecional a la Administración ni le da entrada a la libre voluntad de ésta, para fijar determinadas medidas en la materia en estudio... Y en tanto una decisión como la adoptada se trata de un acto administrativo, como principio general se impone que sea fundado, que se expliciten los motivos de su volición, que de acuerdo a la jurisprudencia del Cuerpo puede derivar del propio acto o de sus antecedentes... La fundamentación del acto en causa resulta insuficiente, ya que no son admisibles fórmulas genéricas, y de los antecedentes no resultan informes técnicos que lo respalden... sino que aparece un informe posterior..." y "...no es posible la motivación ex post facto, porque ello priva al*

⁹⁷ Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 207, de 15 de marzo de 2011, publicada en *Revista La Ley Uruguay. Legislación, Jurisprudencia y Doctrina*. Año IV. N° 7. Julio 2011. p. 1020.

interesado de la posibilidad de ejercer en forma adecuada su defensa". Concluyendo que "...la Administración no cumplió con la carga de dar razón de su acto, exponiendo la justificación, que no puede ser otra que técnica y no de mérito, como contrapartida de la facultad conferida, y prescindiendo de la discusión doctrinaria sobre si el vicio en la motivación constituye un vicio formal o sustancial; el vicio en dicho presupuesto o elemento, produce la nulidad".

No se trata de que el Tribunal sustituya la estimación que ha hecho la Administración por la suya propia, sino identificar si ha transgredido los límites que la ley ha querido imponerle al establecer el concepto jurídico indeterminado, teniendo en cuenta la motivación del acto —que permite el control acabado de la decisión— o sentenciando la nulidad por falta de ella.

8 Conclusiones

El control jurisdiccional es ineludible en un sistema jurídico —el propio del Estado de Derecho— que quiere alcanzar la completa y eficaz tutela del administrado.⁹⁸

De manera que el ser "*juez de la legalidad*" no autoriza a excluir de su competencia el control jurisdiccional de los denominados actos discrecionales. Los límites generales que impone la legalidad de la conducta administrativa alcanzan también el obrar administrativo discrecional.

La conveniencia u oportunidad del acto discrecional desborda la juridicidad del mismo y su consideración se libra a la discrecionalidad administrativa, razón por la cual es indiferente a los efectos de la jurisdicción anulatoria.⁹⁹

No obstante, si se traspasan los límites de la discrecionalidad que se dejan expuestos, incluyendo la circunstancia relativa a que el mérito del acto lo hace ser valioso para el fin buscado, deja de ser una cuestión de mérito para transformarse en una cuestión de legalidad. De manera que no existe una coincidencia absoluta entre el ejercicio de la potestad discrecional y el mérito, porque existen cuestiones relativas a la legalidad o juridicidad del acto (como la adecuación del actuar administrativo al fin que debe perseguirse y los demás límites antes referidos) que no son extrañas al poder discrecional. Dicho de otro modo, en el ejercicio del poder discrecional existen aspectos propios de la legalidad del acto, que por tanto quedan sometidos al control jurisdiccional.

⁹⁸ BRITO, M. De la razonabilidad del acto administrativo... cit. p. 455.

⁹⁹ Cfr. GIORGI, Héctor. "El mérito y la validez del acto administrativo. El concepto de buena administración en la Constitución uruguaya", en *Escritos jurídicos*. F.C.U. Montevideo. 1976, p. 99.

En lo que refiere a la adecuación del acto a la finalidad impuesta por el derecho, verificada la opción mediante el juicio de valor respectivo, le sigue el querer, esto es, la declaración de voluntad. La aptitud del medio elegido es pasible de control porque esa idoneidad forma parte del ser del acto, guarda una relación teleológica con el fin para el que fue dictado. Por ello su elección —que responde a un deber ser, dimensión axiológica del acto— no puede sustraerse al control que compete al Tribunal, que debe verificar precisamente su idoneidad sustantiva para el fin de interés público, porque ella integra la legalidad del acto.¹⁰⁰

El control jurisdiccional no podrá invadir el campo propio de la discrecionalidad administrativa indicando cuál debió ser el medio elegido, ni podrá reformar el acto, pero sí lo enjuiciará respecto de esa razonable adecuación de medio a fin.

Dice Soto Kloss que muchas veces se ha dicho que *"...los jueces no pueden controlar la decisión misma porque habría una sustitución del juez al administrador"*. Sin embargo, destaca que *"...no puede pretenderse una 'inmunidad' para la Administración, porque al igual que todos los sujetos, se encuentra sometida al Derecho, y por tanto son los tribunales los únicos habilitados para decir el derecho de modo definitivo e irrevocable. Actuar de otro modo implicaría infringir palmariamente la igualdad ante y en el Derecho que la Constitución reconoce, ampara y garantiza y un cercenamiento antijurídico de las potestades jurisdiccionales atribuidas expresamente por la Constitución a los tribunales"*.¹⁰¹

Un control oportuno e integral de la Administración Pública no reduce la capacidad de gestión de los organismos estatales, ni evita que éstos cumplan con sus funciones. Antes bien, el mismo, seguramente contribuirá a que las resoluciones administrativas sean mejor motivadas, observándose un mayor cuidado y apego a las normas por parte de la Administración para que sus actuaciones se ciñan estrictamente a los principios esenciales de actuación administrativa y se cumplan las garantías constitucionales de las personas.¹⁰²

El aludido control jurisdiccional, propio del Estado de Derecho, tiene directa relación con el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas. De ahí el ineludible reconocimiento de la universalidad de la jurisdicción: *"...si se reconoce que alguna zona de la actividad del Estado,*

¹⁰⁰ BRITO, M. Extensión del control anulatorio de los actos discrecionales. En *Derecho Administrativo. Su Permanencia – Contemporaneidad – Prospectiva*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo. 2004. p. 471-472.

¹⁰¹ SOTO KLOSS, E. op. cit. p.1026.

¹⁰² Cfr. PALACIOS IBARRA, Juan F. El control de la discrecionalidad administrativa. Cita on line: <www.revistajuridicaonline.com>.

particularmente los juicios técnicos o de oportunidad que lleva a cabo la Administración, se considera exenta del control jurisdiccional, no habrá tutela judicial pues ésta sería sólo formal y carente de efectividad.¹⁰³

En síntesis, creemos que debería revisarse incluso la forma como suele definirse la discrecionalidad en doctrina y jurisprudencia. En efecto, ante la discrecionalidad reconocida, cabe preguntarnos si efectivamente puede hablarse de "**libertad del Estado de elegir**".

Brito dice con acierto que el Estado no es libre, porque él no existe para sí, menos en sí halla su razón de ser, sólo es para el bien común. Es un ser instrumental para hacer posible la perfección plena de los individuos. De manera que si de libertad ha de hablarse respecto del Estado sólo puede referirse a la indeterminación de los resultados cuando opta entre las diversas conductas posibles. "*La libertad es para el acto pero no en el acto*". Cumplida la elección ha desaparecido la elección misma y el acto es pasible de enjuiciamiento en orden a su adecuación al fin. Esta regla es "*verdadera piedra sillar de la labor perfecta del derecho para la protección de la persona humana*".¹⁰⁴

De manera que no compartimos la afirmación de la existencia de una categoría denominada "*acto discrecional*". La expresión discrecionalidad resulta aceptable sólo para referirse a la actividad caracterizada por una operación intelectual del agente público, previa al acto, que para decidir examina antes varios comportamientos posibles para alcanzar el fin debido. Pero ello no excluye la posterior apreciación jurisdiccional de la aptitud del acto para el fin, propia de la situación jurídica de deber a su respecto que define la gestión administrativa.

Judicial Control of Administrative Discretion

Abstract: This study seeks to examine the classic theme of judicial control of administrative discretion. Starting with the conceptual analysis of the discretion, the paper aims to identify the scope and limits of this kind of administrative activity, relating it to issues such as the general principles of law, good administration and indeterminate legal concepts.

Key words: Administrative discretion. Judicial control. Discretionary power.

¹⁰³ CASSAGNE, Juan Carlos. "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial". Cita on line: <www.cassagne.com.ar>.

¹⁰⁴ BRITO, M. De la razonabilidad del acto administrativo... cit. p. 456. Del mismo autor. Control jurisdiccional de la Administración en Uruguay. En *Derecho Administrativo. Su Permanencia – Contemporaneidad – Prospectiva*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo. 2004. p. 356.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RUOCCO, Graciela. Enjuiciamiento de la Discrecionalidad Administrativa. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 103-132, abr./jun. 2013.

Recebido em: 21.12.2012

Aprovado em: 20.04.2013