

DERECHO ADMINISTRATIVO y REGULACIÓN ECONÓMICA

Liber Amicorum
Gaspar Ariño Ortiz

Coordinadores:

Juan Miguel de la Cuétara Martínez

José Luis Martínez López-Muñiz

Francisco J. Villar Rojas

OSCAR R. AGUILAR VALDEZ
ABOGADO
C.P.A.C.F. T° 44 P° 226
C.A.S.I. T° XXI P° 93

FUNDACION
ACS


"la Caixa"

FUNDACION
Secyr Vallehermoso

ARIÑO Y ASOCIADOS
Abogados

gasNatural
fenosa

E
fundación endesa

2011

 **LA LEY**
grupo Wolters Kluwer

TÉCNICAS DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN ECONÓMICA

Óscar AGUILAR VALDEZ

Profesor de Derecho Administrativo. UBA

«(...) Hoy, en cambio, el poder de dirección y conformación de la Economía por el Estado ha derribado en gran medida las formas y cauces jurídicos, los límites, las garantías. El Gobierno, por unos y otros medios está permanentemente investido de poderes que a nuestros mayores les parecerían una enormidad. Tiene siempre el bisturí en la mano y corta y saja por donde le parece. Y esto no solo en este país sino en todos, y quizás sea absolutamente inevitable. Pero el jurista de hoy ha de intentar afanosamente la configuración de nuevas formas de control de esas zonas de acción libre del político (...)»⁽¹⁾

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA ECONÓMICA Y SU VINCULACIÓN CON LOS CONFLICTOS JUDICIALES
- III. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y LA ADMINISTRACIÓN ECONÓMICA
- IV. LAS TÉCNICAS DE CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD EN MATERIA ECONÓMICA

(1) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Las Tarifas de los Servicios Públicos. Poder tarifario, poder de tasación y control judicial*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1976, pág. 170.

1. La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y su aplicación judicial
2. Las cuestiones técnicas complejas
3. El control de los «hechos determinantes»
4. El control del proceso de toma de decisión
5. El control a través de los Principios Generales del Derecho
6. El control de razonabilidad y proporcionalidad.

V. A MODO DE EPÍLOGO: SOBRE LOS PODERES DE SUSTITUCIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS DE NATURALEZA ECONÓMICA

I. INTRODUCCIÓN

Es para nosotros un altísimo honor tener la oportunidad de participar en este más que merecido homenaje que ahora se le tributa al Profesor Gaspar ARIÑO ORTIZ.

Tuvimos el agrado de conocer al Profesor ARIÑO ORTIZ en ocasión de su participación en el «Primer Seminario Internacional sobre Privatización y Desregulación» que tuvo lugar en Buenos Aires los días 9, 10 y 11 de agosto de 1989⁽²⁾. En el marco de ese Seminario —que constituyó, en cierta forma— el puntapié inicial con el cual, desde el punto de vista académico, se iniciaron en Argentina los debates y estudios sobre el régimen de privatización, desregulación y regulación de los servicios públicos, ARIÑO nos introdujo a los administrativistas argentinos en la necesidad de replantear dogmas que, hasta hacía muy poco, reinaban con toda su plenitud en el Derecho administrativo económico vernáculo. A partir de allí, ARIÑO ORTIZ supo liderar tanto en Argentina como en el resto de Iberoamérica una corriente de pensamiento que propugnaba volver a encarar estos estudios desde perspectivas diferentes y con el recurso a conceptos, técnicas y elementos provenientes de la Economía que, en líneas generales, hasta esa fecha resultaban casi completamente ajenos a nuestra disciplina. La siembra que supo hacer nuestro hoy homenajeado ha sido, realmente, fecunda tal como dan cuenta sus diversos trabajos publicados en Argentina⁽³⁾ y, en

(2) Sus ponencias y debates fueron publicados en *Privatización y Desregulación. Primer Seminario Internacional*, Editorial Ciencias de la Administración, Bs. As., 1989.

(3) Por ejemplo, sus obras *Economía y Estado*, Prólogo del doctor CASSAGNE, Juan Carlos, Abeledo Perrot, Bs. As., 1993; *La Regulación Económica. Teoría y Práctica de la regula-*

especial, la creación —bajo su dirección hasta días muy recientes— de la ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE ESTUDIOS DE REGULACIÓN (ASIER) que, hasta la fecha, ya lleva organizados con éxito cinco congresos regionales sobre la materia. Todos aquellos que en Iberoamérica tenemos una especial vocación por el estudio de esta apasionante y compleja temática tenemos con el querido Gaspar no solo una deuda de gratitud académica e intelectual sino también personal, puesto que siempre ha demostrado su estima, apoyo y compromiso con los especialistas de estas latitudes aun en tiempos en los cuales las ideas de libertad de empresa y de economía social de mercado, que siempre han guiado sus lecciones, han sido atacadas por quienes pretenden una revisión de sus fundamentos.

Hemos decidido contribuir a esta obra con el desarrollo de una temática respecto de la cual ARIÑO ha llamado la atención desde su luminosa y todavía hoy vigente *Las Tarifas de los Servicios Públicos: el control judicial de las decisiones de la Administración Económica*⁽⁴⁾. A partir de allí, nuestro homenajeado ha planteado con claridad los aspectos problemáticos que rodean al control judicial en este campo; tarea esta que, por las especiales características que rodean la intervención económica moderna, superan —con creces— los clásicos moldes sobre los cuáles el Derecho administrativo tradicional construyó ese verdadero triunfo del Estado de Derecho cual es el que los tribunales puedan someter a la Administración a la Ley y al Derecho. Prueba de la actualidad de esta cuestión da cuenta un recien-

ción para la competencia, Estudio Preliminar de CASSAGNE, Juan Carlos; Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1996 y *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*, Lexis Nexis, Bs. As., 2005, en coautoría con CASSAGNE, Juan Carlos.

(4) ARIÑO ORTIZ, *Las Tarifas de los Servicios Públicos. Poder tarifario, poder de tasación y control judicial*, op. cit., en especial, Capítulo IV. La cuestión ha sido también abordada en *La Regulación Económica*, op. cit.; pág. 149 y ss.; «Sobre el significado actual de la noción de Servicio Público y su Régimen Jurídico (Hacia un nuevo modelo de regulación)», en ARIÑO, Gaspar, DE LA CUÉTARA, Juan Miguel y MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑOZ, José Luis, *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 51 y ss.; «Sobre la naturaleza de la tarifa y su posible revisión judicial», en ARIÑO, Gaspar (Ed.), *Precios y Tarifas en Sectores Regulados*, Comares, Granada, 2001, p. IX y ss.; «Servicio Público y Control Judicial: el caso de las Tarifas», en CASSAGNE y ARIÑO ORTIZ, *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*, op. cit.; pág. 132 y ss.; *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, 3ª edición ampliada, Comares, Granada, 2004, pág. 650 y ss. y «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública* núm. 182, mayo-agosto de 2010, Madrid, pág. 9 y ss.

te trabajo de ARIÑO en el cual se plantea los siguientes interrogantes «(...) ¿cuál es el control jurisdiccional posible sobre las medidas del Gobierno (o de los entes reguladores cuando estos existen realmente con plenitud de funciones) adoptadas en forma reglamentaria o mediante resoluciones concretas que llevan consigo la adjudicación o privación de derechos u obligaciones a las empresas y a los ciudadanos? (...) ¿Hasta dónde puede llegar el control sobre actos de esta naturaleza? ¿Se trata, simplemente, de un control liminar, que recae sobre los elementos reglados del acto (procedimiento, competencia, hechos determinantes, razonabilidad y lógica interna de la decisión, existencia o no de motivación), o puede afectar también al núcleo interno de la misma, revisando la apreciación o valoración del interés público que haya realizado el Gobierno o el ente regulador (control sustancial, de fondo)? (...)»⁽⁵⁾.

Así, en este trabajo intentaremos colaborar a dar respuesta a tales interrogantes a partir de la situación imperante en la Argentina y teniendo en cuentas los ejemplos que nos brinda el Derecho comparado.

II. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA ECONÓMICA Y SU VINCULACIÓN CON LOS CONFLICTOS JUDICIALES

Para poder ameritar los contornos y la relevancia que tiene el tema, tenemos que partir de un presupuesto: la escasez. Mientras que las necesidades son múltiples e infinitas, los recursos para satisfacer esas necesidades son necesariamente limitados⁽⁶⁾. De allí que, «administrar» en este campo sea, precisamente, el «arte» de aplicar esos recursos escasos a la mayor cantidad posible de esas necesidades múltiples⁽⁷⁾. De este paradigma de la escasez se derivan dos consecuencias de relevancia para nuestro tema.

(5) Conf. ARIÑO ORTIZ, «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *op. cit.*; págs. 10 y 11.

(6) Con claridad se ha dicho que: «El Paraíso puede prometernos muchas cosas pero en el mundo en que vivimos los recursos son escasos, la supervivencia no está asegurada y, por lo tanto, es necesario actuar. Los seres vivos deben actuar para satisfacer sus necesidades, ya que estas no se resuelven de forma automática. Actuar es, entonces, emplear ciertos medios para alcanzar fines (...)»; KRAUSE, MARTÍN, «El Óptimo del Mercado», en KRAUSE, MARTÍN (Director), *Análisis Económico del Derecho. Aplicación a Fallos Judiciales*, La Ley, Bs. As., 2006, pág. 1.

(7) Conf. HORN, MURRAY J.; *The Political Economy of Public Administration. Institutional Choice in the Public Sector*; Cambridge University Press, 1995, pág. 45.

Por un lado, que toda esa labor de la Administración, consista, permanentemente, en realizar *opciones*, asignando recursos a unas necesidades y denegándoselas a la atención de otras. Por el carácter limitado de los recursos disponibles resulta imposible que la Administración pueda atender simultáneamente a todas las necesidades existentes⁽⁸⁾. Tiene que *ponderar, elegir, optar*, recurriendo a criterios de índole política, económica y aún, de técnicas provenientes tanto de las ciencias «duras» como de las sociales⁽⁹⁾.

Por otro lado, ese fenómeno de la escasez hace que siempre haya «descontentos» —aquellos cuyas necesidades no han sido satisfechas por la distribución de recursos efectuada por el Estado—, lo que genera múltiples conflictos entre estos y la Administración y con quienes se benefician de la adopción de tales medidas⁽¹⁰⁾. La idea de escasez de recursos está, así, íntimamente vinculada con el fenómeno de la conflictividad en materia contencioso-administrativa, siendo tal vez los casos argentinos del «corralito» y de la «pesificación asimétrica» dos ejemplos por demás claros y explicativos de esta realidad.

Lo hasta aquí expuesto demuestra, a nuestro juicio, la importante labor que efectúan, permanentemente, aquellos funcionarios que tienen la responsabilidad de adoptar medidas de índole económica: *elecciones, ponde-*

(8) «La acción consiste en elegir qué fines serán satisfechos utilizando qué medios. Como los medios son escasos, ciertos fines quedarán siempre insatisfechos. Si no lo fueran no serían objeto de acción humana (...)», KRAUSE, *op. y p. cit.* De allí la importancia de los llamados «grupos de interés» en el ámbito de la Administración que pretenden incidir en esa distribución de recursos escasos y que fuera objeto de detallado tratamiento por la Escuela de la Elección Pública. Sobre el particular, *vid.* FARBER, Daniel A & FRICKEY, Phillip, «The jurisprudence of Public Choice», 65 *Texas Law Review* 873 (1987); *idem* STIGLER, George; «The Theory of Economic Regulation», en 2 *Bell Journal of Economics and Management Science* (1971), pág. 3 y ss. Hay traducción española de este fundamental trabajo en AA.VV.; *Privatización, Desregulación y Competencia?*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 35 y ss.; en nuestro país, la cuestión está abordada en la conocida obra de BUSTAMANTE, Jorge E.; *La República Corporativa*, Emecé, Bs. As., 1988.

(9) Así, ha dicho el Profesor ARIÑO ORTIZ: «(...) el ente regulador tiene ponderar, en muchos casos, los diferentes factores (técnicos, económicos, sociales, medioambientales, etc.) que entran en juego en toda decisión reguladora, con un impacto directo en el régimen económico de los servicios públicos», ARIÑO ORTIZ, *El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho*, *op. cit.*; pág. 19.

(10) En este sentido, véase nuestra opinión en AGUILAR VALDEZ, Oscar R; «El acto administrativo regulatorio», *Documentación Administrativa*, núms. 267-268, Madrid, septiembre 2003-abril 2004.

raciones y opciones que, por definición, difícilmente satisfagan las apetencias de todos sus destinatarios y, por ello, permanentemente, estarán sujetas a la posibilidad de su cuestionamiento judicial. Por esta última razón, los estándares de revisión judicial que se establezcan en esta materia son de inmensa importancia —además de para los tribunales y para los agentes económicos— para estos funcionarios, toda vez que les fijarán los límites dentro de los cuáles podrán adoptar, válidamente, tales decisiones.

Vamos a analizar seguidamente, entonces, cuál es el tratamiento jurídico que corresponde asignar a ese proceso de adopción y de control de decisiones económicas por parte de la Administración.

III. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y LA ADMINISTRACIÓN ECONÓMICA

Aun cuando no es nuestro propósito efectuar aquí un análisis de la temática de la discrecionalidad administrativa, considerando el objeto de nuestra colaboración debemos señalar que cuanto más compleja se hace la realidad social y económica, es mucho más difícil que la norma pueda predeterminar de antemano cual debe ser la exacta conducta que tiene que adoptar la Administración frente a múltiples situaciones. En efecto, debemos tener en cuenta que en el campo económico todo agente —incluyendo al Estado— actúa con «información imperfecta», es decir, que toda decisión se adopta dentro de un cierto marco de «incertidumbre» porque se carece, de antemano, de la totalidad de la información relevante para el caso⁽¹¹⁾. Esto justifica, por ejemplo, la razón de la delegación legislativa y, también, de la atribución de facultades discrecionales a la Administración⁽¹²⁾. En estos casos, la «solución» a adoptar no puede ser establecida de antemano sino que, por los motivos ya mencionados, solo pueden ser determinadas ulteriormente mediante un proceso de selección y luego de haber examinado los «costos y beneficios» que acarrearía la adopción de cada alternativa disponible.

(11) Sobre el particular, vid. MASHAW, Jerry L; «Prodelegation: Why Administrators should make political decisions», 1 *Journal of Law, Economics and Organization*, Fall 1985, págs. 81 y ss.

(12) Ídem nota anterior.

Esta circunstancia se muestra claramente reflejada en la estructura de las normas del llamado Derecho público económico, las cuales, en lugar de pre-tasar las modalidades de la actuación administrativa, no solo se inclinan por establecer «fines» y «objetivos» que deben ser satisfechos por el órgano o por el ente que resulte competente para adoptar la decisión⁽¹³⁾ sino que, además, expresamente confieren a la Administración amplios márgenes de apreciación⁽¹⁴⁾. En este sentido, ha dicho el Profesor ARIÑO que «(...) la regulación económica contiene reglas y principios, pero de ordinario, no define soluciones precisas y cerradas a los múltiples conflictos que la realidad ofrece. Por ello, las decisiones del ente regulador no revisten las características de los actos administrativos clásicos, caracterizados por lo que se llama su «tipicidad», esto es, la vinculación estricta del contenido del acto a lo previsto por la norma que contempla ese supuesto de hecho (plena subsunción del acto en la norma) (...). Por ello, el acto administrativo del ente regulador tendrá siempre una capacidad creadora, un ámbito de flexibilidad del que no gozan habitualmente las decisiones de la Administración ordinaria»⁽¹⁵⁾.

Por las razones apuntadas, la norma previa, en estos casos, suele dejar a la Administración un campo de libre elección entre las diferentes alternativas que pueda adoptar para satisfacer el interés general en casos concretos. De esta forma, el núcleo duro de la discrecionalidad —como recientemente lo ha recordado el profesor CASSAGNE— es siempre una *elección* entre

(13) No obstante, tal como lo tiene acertadamente resuelto la jurisprudencia argentina, cláusulas generales de apoderamiento (al estilo de aquellas que rezan, por ejemplo, que el «ente estará facultado para adoptar todas las medidas que se vinculen con las funciones encomendadas por esta ley») no resultan suficientes para tenerlas como normas de atribución de competencias de actuación; Conf. CNFed. Cont. Adm, Sala I, 20/2/1996 *in re* «Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Enargas».

(14) Así, TORNOS MAS, Joaquín, «Discrecionalidad e Intervención Administrativa Económica», en AAVV, *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 395; ídem CIRIANO VELA, César David, *Administración Económica y Discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 170 y ss.

(15) ARIÑO ORTIZ, *El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho*, op. cit., pág. 19.

alternativas que, al estar limitadas por el derecho, deben ser todas ellas justas o razonables⁽¹⁶⁾.

A los exclusivos fines de esta exposición, resulta conveniente señalar que existen varios modos diferentes en función de los cuáles el ejercicio de la discrecionalidad puede presentarse en materia de regulación económica.

Así, primero, esa discrecionalidad puede recaer entre la decisión de «actuar o de no actuar» por parte de la Administración, llamada «discrecionalidad de actuación»⁽¹⁷⁾. Por lo general, esta modalidad se presenta, en el campo de la intervención económica, en supuestos en los cuáles el ordenamiento habilita a la Administración a que sea esta quien, según las circunstancias del caso, decida si resulta procedente adoptar, o no, una determinada decisión; por ejemplo, la decisión de realizar, o no, una determinada obra pública⁽¹⁸⁾ o de dictar un reglamento cuya emisión, claro está, no le venga impuesta por el ordenamiento⁽¹⁹⁾.

(16) CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Bs. As., Madrid, Barcelona, 2009, pág. 192: «(...) el núcleo de la discrecionalidad está en el modo o manera de elegir y siempre será jurídico, en el sentido de que no puede ser irrazonable o arbitrario». Por su parte, el querido y recordado COMADIRA, Julio Rodolfo, sostuvo: «La esencia de la discrecionalidad viene, así, a radicar en una libertad de elección conferida por la norma a la Administración, para que esta, dentro de los límites que imponen los principios generales del derecho, determine cuándo actuará, si lo hará, o no, y, en su caso, con qué contenido»; *conf.* COMADIRA, Julio Rodolfo, «La Actividad Discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial», en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, 2ª edición, Lexis Nexis, Bs. As., 2003, pág. 507 (la itálica no está en el original). PAREJO ALFONSO considera que la discrecionalidad, a la que califica como un poder de elección bajo la propia responsabilidad de la Administración, solo se localiza en el plano de las consecuencias jurídicas y nunca en el «cognitivo»; *conf.* PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 122. La postura contraria ha sido sostenida por BACIGALUPO puesto que entiende que la discrecionalidad no tiene lugar respecto de las consecuencias jurídicas sino solo en la determinación del «supuesto de hecho» de la norma; *conf.* BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, 1997, p 114 y ss. y 181 y ss. Sobre esta cuestión, véase, también, el desarrollo en BULLINGER, Martín, «La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución. Funciones. Control Judicial», *Revista La Ley* (España), 1987, págs. 904 y ss.

(17) *Conf.* COMADIRA, *op. cit.*, págs. 501 y ss.

(18) Así, «Astilleros Alianza S.A.», Fallos 314: 1202

(19) CIRIANO VELA, *op. cit.*, págs. 283 y ss.

Frente a esta modalidad de la discrecionalidad existe otra que es la libertad que tiene la Administración para elegir —frente a la necesidad de dictar un acto— entre varias alternativas que son igualmente justas, a lo que se llama «discrecionalidad de elección»⁽²⁰⁾ y que constituye el supuesto prototípico de «discrecionalidad». Pensemos, por ejemplo, en la determinación de los niveles de calidad que deben ser impuestos al prestador de un servicio público o las condiciones que deben tener aquellos que pretenden acceder a un servicio o a una infraestructura. En todos estos casos, la norma pudo —o no— haber prefijado las diferentes alternativas que tiene la Administración y entre las cuáles debe esta elegir una.

En este campo, aparece la «discrecionalidad táctica» que consiste en un espacio de decisión propio para que la Administración pueda realizar flexiblemente y de la manera más efectiva posible, una finalidad legal «estratégica» adaptándose a las cambiantes circunstancias reales del caso individual; tal como ocurre, por ejemplo, con la conferida al Banco Central para adoptar medidas que le permitan mantener el valor de la moneda en situaciones económicas cambiantes⁽²¹⁾.

Otra especie de aplicación en esta materia es la llamada «discrecionalidad de dispensa» que habilita a la Administración económica a conferir excepciones al cumplimiento de ciertos recaudos exigidos a la generalidad de operadores económicos⁽²²⁾. Esta especie también es de aplicación en el campo de la regulación financiera, por ejemplo, cuando se habilita al Banco Central a conferir a favor de las entidades dispensas concretas a la exigencia de capitales mínimos.

También se presenta, en este campo, la llamada «discrecionalidad de pronóstico» que encuentra su lugar en aquellas decisiones que tiene que adoptar la Administración económica en base a pronósticos o predicciones sobre los efectos futuros de conductas de operadores económicos sin que la norma le pauté un sentido determinado⁽²³⁾. Esta especie de comportamiento discrecional está presente en la mayor parte de las decisiones de los entes de regulación y control de actividades económicas pero, especial-

(20) *Conf.* COMADIRA, *op. cit.*, págs. 501 y ss.

(21) Así, BULLINGER, *op. cit.*, págs. 906 y ss.

(22) Así, BULLINGER, *op. cit.*, pág. 907.

(23) CIRIANO VELA, *op. cit.*, pág. 527.

mente, en las decisiones que tiene que adoptar, por ejemplo, la autoridad de defensa de la competencia para —sobre la base de un juicio prospectivo— autorizar, condicionar o denegar una determinada operación de concentración económica (por ejemplo, una fusión empresarial).

Finalmente, una de las más tradicionales especies de la discrecionalidad económica es la llamada «discrecionalidad planificadora» a cuyo amparo la Administración suele contar con una amplia libertad configuradora de actividades privadas tanto al momento de elaborar el «plan» como en oportunidad de proveer a su modificación y seguimiento⁽²⁴⁾. Este tipo de discrecionalidad es de suma relevancia en campos tales como los servicios públicos y la infraestructura, donde la planificación sectorial juega un rol fundamental o en el de la regulación bancaria cuando el Banco Central establece los niveles de reservas que deben mantener las entidades sujetas a su fiscalización⁽²⁵⁾.

La discrecionalidad también presenta distintos grados. Así, hay una discrecionalidad, denominada «fuerte»⁽²⁶⁾, en la cual la norma le concede a la Administración un amplio margen de apreciación para realizar la elección; por ejemplo, para diseñar o disponer el trazado de una autopista. Pero también existe una discrecionalidad «débil» o «atenuada»⁽²⁷⁾, donde el margen de actuación está acotado por la norma; tal lo que ocurre con las normas establecen la posibilidad que, ante determinada infracción, la Administración aplique una sanción entre un máximo y un mínimo preestablecidos, como ocurre, por ejemplo en Argentina, en materia de defensa de la competencia, donde se habilita a la Administración a aplicar —en casos de notificación tardía de operaciones de concentración económica— multas que van desde 1 \$ hasta 1.000.000 \$ diarios⁽²⁸⁾. Aun cuando amplísimo, ese margen está limitado de forma previa por el ordenamiento.

La discrecionalidad no se identifica, técnicamente, con el juicio de oportunidad puesto que, mientras que la discrecionalidad hace referencia a esa libertad de elección conferida por la norma, la oportunidad es un modo de

(24) CIRIANO VELA, *op. cit.*; pág. 289 y ss.; ídem BULLINGER, *op. cit.*; pág. 909.

(25) BULLINGER, *op. cit.*; pág. 909.

(26) Referencia a esta especie en CASSAGNE, *op. cit.*; pág. 193.

(27) *Idem* nota anterior.

(28) Ley de Defensa de la Competencia aprobada por Ley 25.156, art. 46, inciso d).

apreciar el concreto contenido de interés público de un acto (por ejemplo, la determinación del lugar en donde debe construirse una obra pública o la decisión de suspender la vigencia de una autorización para funcionar como entidad financiera). Si bien por lo común la decisión administrativa es, en tal aspecto, discrecional, nada impide que esta sea reglada por la ley o por un reglamento⁽²⁹⁾, tal lo que ocurre, por ejemplo en Argentina, con el otorgamiento de una licencia en materia de comunicaciones⁽³⁰⁾. La distinción efectuada es importante porque permite, a nuestro juicio, desvirtuar la inadmisibile asimilación en la que ha incurrido la jurisprudencia del supremo Tribunal argentino en materia económica⁽³¹⁾.

De todos modos, lo cierto es que, en la medida en que aún el juicio de oportunidad —como cualquier operación administrativa— solo puede ser efectuado dentro del ordenamiento y con plena sujeción al principio de razonabilidad, ese juicio puede ser controlado por el juez y, en su caso, invalidado, lo que otorga razón a autores tales como FERNÁNDEZ y CASSAGNE cuando sostienen que la oposición entre legalidad y oportunidad resulta, en definitiva, un falso dilema⁽³²⁾.

IV. LAS TÉCNICAS DE CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD EN MATERIA ECONÓMICA

Frente a esta realidad que supone el ejercicio, por parte de la Administración económica, de importantes facultades de índole discrecional, en el Derecho administrativo se ha intentado, desde antaño, poder encontrar

(29) Así, CASSAGNE, *op. cit.*; pág. 194; distinción también recogida por GAMBIER, Beltrán, «La Potestad Sancionatoria de la Administración en materia disciplinaria: ¿Actividad Reglada o Discrecional?; Lo atinente a la oportunidad, mérito o conveniencia del dictado del acto, comentario a un Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 15/16, Depalma, pág. 226.

(30) *Conf.* Régimen Nacional de Licencias aprobado por Decreto 764/2000, Anexo I.

(31) Así, en «Prodelco», Fallos 321: 1252; «Compañía Azucarera Concepción», Fallos 327: 2231 y «S.A. Marapa», Fallos 328: 4264, entre otros. Como se lo ha señalado, confundir ambos conceptos genera peligrosas consecuencias en el alcance del control judicial, *conf.* TAWIL, Guido S.; «Alcance del Control Judicial: Principales problemas que plantea», en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Tomo I, La Ley, Bs. As., 2007, pág. 490.

(32) FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la Arbitrariedad de la Administración*, 2ª edición ampliada, Civitas, Madrid, 1997, pág. 89 y ss.; CASSAGNE, *op. cit.*, pág. 194.

técnicas que habiliten al juez a controlar el ejercicio de tales facultades. Si bien la presente se trata de una temática ampliamente desarrollada en el campo de la teoría general del control judicial de la discrecionalidad⁽³³⁾, lo cierto es que su aplicación al campo de la intervención económica no solo ha sido fecunda —especialmente en el Derecho comparado— sino que, además, reviste algunas peculiaridades que hacen plausible ensayar su tratamiento específico.

1. La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y su aplicación judicial

Es sabido que esta —gracias al influjo que tuvo la doctrina *ius publicista* alemana— se trata de una de las técnicas más utilizadas para intentar reducir la discrecionalidad administrativa. En su formulación general, estos conceptos previstos por las normas —a diferencia de lo que ocurre con los conceptos determinados— refieren a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que al perseguir delimitar un supuesto concreto, quedarán precisados en el momento de su aplicación. Como lo han señalado GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ «Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten una unidad de solución justa en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición objetivable por tanto, y no de volición»⁽³⁴⁾. Se configura, en este sentido, una tarea de interpretación jurídica respecto de la cual la Administración solo tiene el privilegio de la decisión previa y, por lo tanto, de avanzar en la estimación propia de la realidad del concepto legal de cuya aplicación se trata pero que no excluye, *per se*, que dicha labor interpretativa también pueda ser efectuada por el juez⁽³⁵⁾.

(33) Ver, así, el completo tratamiento en la obra de SESIN, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial*, 2ª edición actualizada y ampliada, Lexis Nexis, Bs. As., 2004.

(34) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 13ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pág. 463.

(35) Así, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. y vol. cit.*, pág. 464, y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 4ª edición ampliada, Civitas, Madrid, 1998, pág. 136.

Basta que nos remitamos a la normativa aplicable en múltiples sectores de la intervención económica para que advirtamos lo usual que resulta su empleo en estos casos. Pensemos, por ejemplo, en el concepto de «empresa eficiente» utilizado como pauta de regulación en materia de servicios públicos⁽³⁶⁾, en el de «inversión prudente» de relevante utilización en materia de fijación del costo de capital en procesos tarifarios⁽³⁷⁾, en el de «operación sospechosa» sobre el cual se edifica el deber de reportar a la Unidad de Información Financiera en materia de prevención de lavado de dinero y financiación del terrorismo⁽³⁸⁾, o bien, en el de «interés económico general» sobre el que se asienta —limitándolo— el ejercicio de las facultades de uno de los órganos de mayor relevancia en el campo del Derecho administrativo económico federal como lo es la autoridad de defensa de la competencia⁽³⁹⁾.

Ninguno de esos conceptos tiene un contenido previamente fijado por la norma sino que ostentan una cierta «zona de incertidumbre»⁽⁴⁰⁾ que solo puede ser despejada cuando la Administración tenga que aplicarlo al caso concreto; ocasión esta en la cual la solución a la que arribó la Administración será justa o no lo será⁽⁴¹⁾. Así, por ejemplo, la inversión efectuada será o no «prudente», la empresa será o no «eficiente», la operación será, o no, «sospechosa», o la conducta empresarial afectará, o no, al «interés económico general». No obstante, como bien lo señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, la «unidad de solución» referida no significa —de modo alguno— que necesariamente haya una sola y única conducta capaz de merecer, entre todas las posibles, la calificación a la que el concepto apunta. Lo que quiere decir exactamente es que en un caso dado la concreta conducta

(36) Así, por ejemplo, Marco Regulatorio Federal de la Energía Eléctrica aprobado por Ley 24.065, art. 41º.

(37) Así, por ejemplo, Marco Regulatorio Federal de la Energía Eléctrica, aprobado por Ley 24.065, art. 40º, inciso a).

(38) Ley de Prevención de Lavado de Dinero y Financiamiento de Terrorismo aprobada por Ley 25.246, art. 21º, inciso b).

(39) *Conf.* Ley 25.156, art. 1º; en doctrina, OTAMENDI, Jorge, «El interés general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia», *Revista La Ley* 1999-F-1087.

(40) Denominación atribuida a Walter JELLINEK, *conf.* BACIGALUPO, *op. cit.*, págs. 197 y ss.

(41) Precisamente, en razón de esta «zona de penumbra» se ha negado que la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados importen una unidad de solución justa; así, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 117; *idem* BACIGALUPO, *op. cit.*, pág. 215 y ss.

objeto de enjuiciamiento «es o no es» lo exigido por la norma ya que, por aplicación del principio de identidad y no contradicción, no puede ser ambas cosas al mismo tiempo⁽⁴²⁾.

Lo expresado —que en nuestro entender resulta capital para una adecuada visualización de la utilidad y función de esta técnica en la materia— puede constatarse en lo ocurrido con la revisión judicial de tarifas de servicios públicos, en las oportunidades en que han tenido que hacerse aplicación de los conceptos de «tarifa justa y razonable»⁽⁴³⁾ y de «rentabilidad razonable». Respecto al primer supuesto —«tarifa justa y razonable»— un buen ejemplo lo constituye lo resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso «Hope Natural Gas»⁽⁴⁴⁾, fallado en el año 1944. En este importantísimo precedente —que provocó un rotundo cambio respecto del grado de control judicial que hasta ese momento venía admitiendo el tribunal— entendió que la revisión judicial de una determinada tarifa cuestionada por sostenerse violatoria a dicho estándar debía limitarse al resultado adoptado por la Administración y no al método empleado por esta para fijarla ni debía considerar las restantes alternativas posibles. En otros términos, resultaba irrelevante que, según otros métodos posibles, la tarifa hubiese podido ser superior a la efectivamente establecida por el regulador puesto que lo que realmente importaba para el escrutinio judicial era que el «resultado» —o sea la concreta tarifa aprobada por la Comisión— fuese «justa y razonable», es decir, que permitiese operar a la firma de modo satisfactorio, manteniendo su integridad financiera, atrayendo capitales y compensando a sus inversores por los riesgos asumidos⁽⁴⁵⁾. Respecto del segundo supuesto —«rentabilidad razonable»— el ejemplo que puede analizarse es el caso «Maruba» fallado en 1999 por la Corte Suprema argentina en donde el tribunal entendió, a la par de que las facultades tarifarias no se ejercen de modo «discrecional», que el concepto de «rentabilidad razonable» contenido en las regulaciones aplicables

(42) GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *op y vol. cit.*, pág. 464.

(43) Sobre el particular, *vid.* el conocido trabajo de BIELSA, Rafael, «La locución justa y razonable en el derecho y la jurisprudencia, Breve disquisición sobre el concepto de lo razonable y del derecho natural», en *Estudios de Derecho Público*, Volumen I, Buenos Aires, 1950, págs. 479 y ss.

(44) 320 U.S. 591 (1944).

(45) *Conf.* PHILLIPS, Charles F. (Jr), *The Regulation of Public Utilities. Theory and Practice*, Public Utilities Reports, Arlington, Virginia, 1993, pág. 379.

al servicio no habilitaba al Poder Judicial a invalidar la tarifa aprobada por la Administración en la medida en que, aun habiendo producido una merma en la rentabilidad empresarial, esta —luego de ser aplicada la nueva tarifa—, y aunque menor, seguía siendo «razonable» según la pericia practicada en autos⁽⁴⁶⁾.

Como puede apreciarse, los conceptos en juego, en su aplicación al caso por la Administración y tal como debieron ser juzgados por los tribunales, no admitían más que una única solución: o la tarifa era «justa y razonable» o no lo era; o la rentabilidad era «razonable» o no lo era. En caso negativo, ambas cortes se juzgaron con competencias para anular el acto en el supuesto en que la respuesta fuese negativa. Una cuestión diferente era determinar si había otras soluciones posibles e igualmente «justas y razonables», mas —como quedó explicitado en ambos fallos— entrar en ese análisis no era la consecuencia lógica de la aplicación de los conceptos previstos por las regulaciones respectivas que era a lo que se limitaba la intervención judicial⁽⁴⁷⁾.

Otro caso que resulta de interés para comprender la importancia y rol de la aplicación de esta técnica en este campo, es «Caja de Valores S. c. Estado Nacional-Secretaría de Comercio Interior s/ amparo», resuelto con fecha 29 de diciembre de 2008 por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal. Allí, el tribunal invalidó un acto de la Secretaría de Comercio Interior por medio del cual, invocando las competencias atribuidas por la Ley de Abastecimiento 20.680, había requerido a la Caja de Valores, S.A. —sociedad que actúa en la Argentina como depositaria colectiva de títulos valores— que le presentara el *stock* existente de Bonos Ajustables por el CER y la nómina de sus titulares por el período comprendido entre junio de 2006 a octubre de 2007. Entre otros fundamentos, la Cámara fundó la invalidez del acto en tanto que, aplicando a lo que expresamente denominó concepto jurídico indeterminado de «necesidades comunes o corrientes de la población» —sobre el que se asentaba según los términos de la Ley, la competencia del organismo— no

(46) Fallos 322: 1880.

(47) En Argentina SESIN ha sostenido que el concepto de tarifa «justa y razonable» no constituye un concepto jurídico indeterminado que solo admita una única solución justa; *conf.* SESIN, *op. cit.*, pág. 296.

incluía a la función que, como ente depositario de títulos valores, le correspondía a la entidad actora. Como se podrá apreciar, más allá que pudieran ser múltiples los supuestos que merecerían ser aprehendidos bajo el concepto jurídico indeterminado de «necesidades comunes o corrientes de la población», lo cierto es que, en su aplicación al caso concreto el tribunal entendió que la norma no permitía más que una única solución —que el bien objeto de requerimiento de información esté destinado a satisfacer las apuntadas «necesidades comunes o corrientes de la población», lo que no se presentaba respecto de los títulos públicos ajustables por CER⁽⁴⁸⁾.

Los casos mencionados demuestran que cuando de lo que se trata es de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, el rol del juez es propiamente jurídico puesto que su función, en tales supuestos, es aplicar el derecho —la norma que contiene el concepto indeterminado— y no más. Ahora bien, ello no quita que —tal como ocurre con las hipótesis tarifarias— para poder precisar, en el caso, el concepto indeterminado la Administración deba haber recurrir a consideraciones científicas o a juicios extrajurídicos o de «valor»⁽⁴⁹⁾. No se trata, necesariamente y en todos los casos, de identificar al concepto jurídico indeterminado con la actividad puramente reglada, sino solo de aplicar un límite jurídico —previamente impuesto por la norma— al obrar administrativo, limitando las distintas opciones a las que pudiera recurrir⁽⁵⁰⁾.

(48) En terminología de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ el concepto jurídico indeterminado en cuestión se trataría de un concepto de «experiencia» que se ventila en la apreciación de los hechos; *conf. op. y vol. cit.*; pág. 467.

(49) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ señalan que, en estos casos, se «proporcionan a la primera y decisoria apreciación por la Administración de una cierta presunción que, desde luego, no llega hasta excluir el control judicial, aunque sí limita sus posibilidades ya que el juez deberá, normalmente, conformarse con un control de los límites o de los excesos en que la Administración haya podido incurrir, siempre posibles, y que la prueba que se practique en el curso del proceso podrá eventualmente acreditar»; *conf. op. y vol. cit.*; pág. 467.

(50) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ señalan que, gracias a la aplicación de esta técnica, «la idea de discrecionalidad tiende a reducirse de forma importante», *op. y vol. cit.*; pág. 468. Por su parte, se ha dicho que «incluso, jugando a la baja y concediendo que, en asuntos de conceptos indeterminados, a veces, caben soluciones alternativas, eso no difumina, sin embargo, la frontera entre discrecionalidad y conceptos indeterminados, pues siendo distinto aplicar normas que, por ejemplo, imponen deberes y usar normas que confieren poderes, igualmente será diferente el discurso motivatorio requerido en las respectivas situaciones y, también, diversa la naturaleza del control jurisdiccional en un

2. Las cuestiones técnicas complejas

Hace ya más de setenta años, el entonces profesor argentino de Derecho administrativo ALCIDES GRECA dictó una conferencia denominada *Influencia de la técnica en la evolución del Derecho y del Estado*, en donde sostenía que «Más que la costumbre y la jurisprudencia, podríamos decir que en el Derecho administrativo la técnica es fuente directa del Derecho»⁽⁵¹⁾. Estaba en lo cierto, ¿qué es la Administración económica sino que una organización que se legitima, en el mundo moderno, por la utilización de diversas técnicas? ¿Cómo puede hacer frente el Estado a las transformaciones cotidianas que se producen en el ámbito económico si no recurre a la técnica? ¿Qué es, sino, el Derecho administrativo económico que una continua remisión a, e interacción con, diversos conceptos, reglas y metodologías técnicas? Pensemos en las regulaciones aplicables a servicios públicos, al mercado financiero, a la industria aseguradora y a cuantos otros sectores económicos pretendamos. En todos ellos, necesariamente, la técnica juega un rol esencial.

Históricamente, ello es bien sabido, por influjo de la doctrina italiana se entendió que el recurso a la técnica importaba, de suyo, atribuir una facultad discrecional lo que llevó a que se hablase, entonces, de «discrecionalidad técnica»⁽⁵²⁾. Afortunadamente, en la actualidad, se encuentra bien asentado el criterio de que tal «discrecionalidad técnica» no existe como tal⁽⁵³⁾. Es más, se ha sostenido que la técnica obraría como un limitante de

caso y en el otro», IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, «El indeterminado concepto de los conceptos indeterminados», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 56, enero 2000, pág. 162. En Argentina, SESIN ha sostenido que «los conceptos jurídicos indeterminados solo sirven parcialmente para delimitar el uso de la discrecionalidad, por cuanto esto depende de la posibilidad de usar parámetros objetivos o no en su realización concreta»; *op. cit.*; pág. 193.

(51) GRECA, Alcides, *Influencia de la Técnica en la evolución del Derecho y del Estado*, Santa Fe, Imprenta de la Universidad, 1939, pág. 17.

(52) Así, véase, por ejemplo, RANELETTI, Oreste, «Attività amministrativa e attività tecnica della pubblica amministrazione», en RANELETTI, Oreste, *Scritti Giuridici Scelti*, Vol. III, *Gli Atti Amministrativi*, Jovene Editore, 1992, pág. 693 y ss. Sobre la formación histórica del concepto, *conf. DE PETRIS, Daria, Valutazione Amministrativa e Discrezionalità Tecnica*, CEDAM, Padova, 1995, págs. 131 y ss.

(53) *Conf. DE PETRIS, op. cit.*, págs. 233 y ss.

la discrecionalidad⁽⁵⁴⁾. Lo que sí existen son decisiones administrativas basadas en juicios o reglas técnicas⁽⁵⁵⁾. En todo caso —tal como lo afirmamos en una oportunidad anterior— habrá, o no, discrecionalidad en la medida en que las reglas técnicas a las que remita la norma habiliten, o no, a quien tenga que aplicarla dos o más soluciones posibles⁽⁵⁶⁾. A su vez, es usual en este campo que el recurso a la técnica resulte necesario en la tarea de aplicación de un concepto jurídico indeterminado⁽⁵⁷⁾.

En tanto que la aplicación de la técnica resulta de una remisión expresa o implícita de la norma jurídica a aquella, de modo alguno la técnica puede considerarse como un campo ajeno a la legalidad y, por lo tanto, al control judicial. Así, con acierto decía FIORINI al señalar que los juicios técnicos «no podrán imponerse excluyéndose las circunstancias y las normas que reglan el caso. Lo técnico no implica que deba considerarse inoperante el orden jurídico, que la juridicidad y la legalidad de la Administración deban desaparecer»⁽⁵⁸⁾. Por tal motivo, resultan criticables aquellas decisiones judiciales que, por el solo hecho de comprobar que, en el caso, resultaban de aplicación reglas de índole técnica, han abdicado del control judicial⁽⁵⁹⁾; otorgándole el valor de juicios periciales a informes o determinaciones que, si bien son de índole técnica, fueron realizadas por funcionarios y órganos administrativos⁽⁶⁰⁾. Si esto fuese correcto, en materia de intervención

(54) Así, REVIDATTI, Gustavo Adolfo, «La técnica como limitante de la discrecionalidad (La ampliación de defensa de derechos, libertades y garantías como consecuencia de la influencia de normas no jurídicas)», en AAVV, *La Protección Jurídica del Ciudadano. Libro Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, ed. Civitas, Madrid, 1993, Tomo III, pág. 2259 y ss.

(55) Así, CASSAGNE, *op. cit.*; pág. 208.

(56) *Conf.* AGUILAR VALDEZ, Oscar, «Cuestiones que suscita el control judicial de los entes reguladores de servicios (A propósito de dos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal)», *Revista El Derecho*, tomo 177, pág. 837.

(57) Por ejemplo, el concepto de «empresa eficiente».

(58) FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Vol. I, 2ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., 1976, pág. 275.

(59) Así, ver, por ejemplo, CNFed. Cont. Adm., Sala III, 17/04/1997, «Centro Motor Gas SRL v. ENARGAS»; *idem* 29/12/2009, «Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN-M.º V E Inf -Sec Transporte-Dto. 104/01 y otros s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321 inc. 2 CPCC)»; *idem* Sala V, 26/09/2006, «Travaglia, José O. v. BCRA»; *idem* 11/05/2010, «Guiar S.A. y Otros c/ BCRA-Resol. 11/00 y 71/03 (Expte. 14497/1996 Sum. Fin. 930)», entre otros.

(60) Así, por ejemplo, «Ojeda», Fallos 301: 1103 y CNFed. Cont. Adm., Sala III, 17/04/1997, «Centro Motor Gas SRL v. ENARGAS». En este sentido, en Italia se ha cuestionado la

administrativa económica, la tutela judicial efectiva se encontraría vedada, lo que constituye un verdadero absurdo para el Estado de Derecho⁽⁶¹⁾.

En este contexto, nada impide al juez controlar tanto los métodos como la certeza de los criterios técnicos utilizados por la Administración. A esos fines puede recurrir tanto a la ayuda de peritos⁽⁶²⁾ como a la prueba de consulta que, en el Código Procesal Civil y Comercial argentino, se encuentra expresamente contemplada en su art. 476, habilitándose al juzgador —de oficio o a pedido de parte— a requerir opinión a universidades, academias, corporaciones, instituciones y entidades, públicas y privadas de carácter científico o técnico. Esto no quita, por cierto, que —en la realidad— sea difícil, en determinados casos, encontrar a técnicos e instituciones que, a la par de imparciales, posean los conocimientos técnicos que la decisión de la causa requiere. Mas esa limitación —que se presenta, en mayor o menor medida, en todos los países del globo— no puede llevar a afirmar la improcedencia genérica de la prueba ni, mucho menos, la de la revisión judicial.

Ahora bien, no se nos puede escapar que la técnica o las ciencias a las que remiten las normas administrativas no se manejan siempre con los mismos métodos ni con los mismos conceptos. No siempre todas las ciencias contienen juicios de certeza absoluta, carentes de toda opinabilidad.

imparcialidad de las denominadas autoridades administrativas independientes en lo relativo a sus competencias de carácter técnico, en tanto no exista, en la práctica, una verdadera separación en dichas entidades, entre lo técnico y lo político; *conf.* CARIO-LLA, Agatino, «Discrezionalità Tecnica ed Imparzialità», *Rivista di Diritto Amministrativo*, 3/1997, pág. 487 y ss. Así, respecto al carácter de los informes administrativos, bien ha dicho GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, Vol. III, *El Acto y el Procedimiento Administrativo*, Pamplona, 1997, pág. 771: «(...) la pericia propiamente tal se presta por un tercero, y parece que esta nota falta en quien es un mero órgano de la entidad pública que es parte en el procedimiento»; en similar sentido, GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, Nicolás, *La Prueba en el Proceso Administrativo (Objeto, Carga y Valoración)*, Codex, Madrid, 1992, pág. 59. Asimismo, haciendo prevalecer la prueba pericial realizada en sede judicial por sobre los informes realizados en sede administrativa por falta de bilateralidad, ver CNFed. Cont. Adm., Sala I, 07/08/1992, «Barrera, Ricardo Osvaldo c/ La Nación (EMGA) s/ cobro de haberes».

(61) En este sentido, TAWIL, *op. cit.*

(62) En Francia, en el marco del contencioso de la legalidad, el Consejo de Estado ha permitido recurrir a peritos para controlar los aspectos técnicos de decisiones de la Administración; *conf.*, PASTOREL, Jean Paul, *L'expertise dans le contentieux administratif*, LGDJ, París, 1994, págs. 29 y ss.

conocimientos no jurídicos y con la recta comprensión de problemas de naturaleza económica (...). El juez podrá pedir pericias "independientes", pero al final, caso de confrontación, ¿a quién creer? Lo que el juez puede y debe hacer es valorar la "razonabilidad", el rigor y la coherencia de unos y otros y ver hasta qué punto los acuerdos que finalmente se adoptan se separan o no de los informes o propuestas precedentes»⁽⁶⁸⁾.

Finalmente, tal como lo sostuviéramos hace ya varios años, la circunstancia que la revisión judicial deba recaer sobre un acto administrativo de contenido técnico no habilita a considerar que resulte de aplicación en el Derecho argentino la técnica norteamericana de la «jurisdicción primaria administrativa» —a pesar de su expresa invocación por la Corte Suprema en el caso «Ángel Estrada»— ni la «doctrina de la deferencia» que se asientan en presupuestos completamente ajenos al régimen constitucional argentino⁽⁶⁹⁾.

3. El control de los «hechos determinantes»

Toda acción humana siempre se apoya en hechos que, ya los toma como presupuesto, ya como objeto de su actuación. Lo mismo ocurre cuando esa acción es adoptada por la Administración —especialmente, la económica— cuyo campo de acción es, necesariamente, «fáctico» puesto que por medio de su intervención trata de regular conductas humanas a partir de realidades concretas. Esta circunstancia —por demás evidente— hace que la realidad fáctica sea determinante de la acción administrativa económica y que, por ello, no pueda quedar ajena al contralor judicial.

Por tal motivo, y a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, donde las llamadas «cuestiones de hecho» solo son fiscalizables en casos excepcionales⁽⁷⁰⁾, en Argentina tales cuestiones son plenamente justicia-

(68) ARIÑO ORTIZ, «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *op. cit.*, págs. 21 y ss.

(69) Conf. AGUILAR VALDEZ, Oscar, «Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de los Entes Reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración», en *Anuario de Derecho*, Volumen I, Universidad Austral, Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, pág. 181 y ss.

(70) Así, ver BREYER, Stephen; STEWART, Richard, SUNSTEIN, Cass y SPITZER, Matthew, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text and Cases*, 4ª edición, Boston, 1999, pág. 203 y ss. La referencia al derecho americano en la doctrina argentina puede verse en

Así, hay ciencias —como las llamadas «duras»— que usualmente remiten a «conceptos de experiencia» o a «pautas de universal consenso», en los cuales sí puede haber certezas más o menos indubitables o una única solución⁽⁶³⁾. Pensemos, por ejemplo, en el concepto de «baja de tensión» en materia de suministro de energía eléctrica. Allí, claramente la baja de tensión puede objetivarse sin mayores discusiones por que las normas técnicas definen cuando la misma tiene lugar. Pero hay otros casos, donde las normas remiten lo que se llaman «conceptos de valor», propios de las ciencias sociales, conceptos estos que suponen estimaciones que no tienen otorgados por la ciencia un único y preciso contenido⁽⁶⁴⁾. Pensemos, por ejemplo, en conceptos tales como el de «eficiencia». Es sabido que en economía se admiten al menos dos conceptos o medidas de la «eficiencia», ya que puede predicarse en los términos propuestos por Vilfredo PARETO o bien en los sostenidos por KALDOR-HICKS⁽⁶⁵⁾. No se puede pregonar, en este y en otros casos análogos, de un concepto unívoco ni —cuando deba aplicarse el mismo— de una única solución posible.

Es que, como lo tiene afirmado SESIN, si bien el juez debe controlar la aplicación de la técnica al caso, lo cierto es que su control se limita, en supuestos como el último mencionado, a determinar si el juicio utilizado o la solución técnica a la que ha arribado la Administración es, científicamente hablando, «tolerable»⁽⁶⁶⁾. Es, precisamente, este juicio de «tolerancia» el que limita el contenido de la sentencia puesto que, en tal caso, no podrá sustituir la determinación administrativa por su propio parecer ni por el de un perito⁽⁶⁷⁾. Por su parte, en específica materia regulatoria ha puntualizado ARIÑO ORTIZ. «(...) Estamos ante un reto que exige conjugar el saber jurídico (no de una rama del Derecho, sino de varias disciplinas jurídicas) con otros

(63) Así, ver SESIN, *op. cit.*, pág. 197.

(64) Ver SESIN, *op. cit.*, págs. 198 y ss. y págs. 245 y ss.

(65) En términos de Vilfredo PARETO una situación es «eficiente» si no resulta posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra. En términos de KALDOR-HICKS, una asignación resulta «eficiente» si maximiza el excedente total de los agentes económicos involucrados, de modo tal que todas las otras asignaciones eficientes posibles puedan lograrse combinando dicha asignación con un régimen de transferencias que compense a quienes potencialmente pierdan con la elección de dicha asignación; conf. COLOMA, Germán, *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*, Ciudad Argentina, Bs. As., 2001, pág. 30 y 34, respectivamente.

(66) SESIN, *op. cit.*; págs. 257 y ss. y 450 y ss.

(67) *Op. cit.*, pág. 451.

bles en tanto que, como bien lo ha señalado TAWIL, al contemplarse en las normas de procedimiento administrativo a los hechos dentro del elemento «causa» del acto, estos quedan introducidos en el mundo jurídico⁽⁷¹⁾. Esta circunstancia demuestra el grueso error en el que ha incurrido la Corte Suprema argentina al equiparar las cuestiones fácticas a las cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia, autorrestringiéndose, de modo indebido, en el control judicial⁽⁷²⁾. Cabe aquí recordar la célebre disidencia del juez BOFFI BOGGERO en «López de Reyes», en donde sostuvo que una indebida fijación de los hechos no puede ser subsanada con una acertada selección de normas jurídicas porque sería equivocado el presupuesto de que entonces se habría partido en el acto de juzgar⁽⁷³⁾.

La cuestión de los hechos determinantes —especialmente, en materia económica— plantea tres supuestos diferentes: a) el control de la existencia material del hecho; b) el control de la calificación jurídica del hecho efectuada por la Administración y c) el control de la apreciación del hecho por parte del órgano administrativo. A continuación analizaremos, brevemente, estos tres supuestos.

a) En lo que hace al control de la existencia material del hecho, no puede haber ninguna duda de que no existe discrecionalidad sino que se trata de la comprobación de una circunstancia objetiva ya acaecida. Por tal motivo, bien ha dicho GARCÍA DE ENTERRÍA que «La valoración política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir

TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, Vol. II, edición del autor distribuida por ediciones Depalma, Bs. As., 1993, págs. 321 y ss. y 363 y ss. y en MAIRAL, Héctor, *Control Judicial de la Administración Pública*, Vol. II, Buenos Aires, 1984, págs. 587 y ss.

(71) En este sentido, ver TAWIL, *Administración y Justicia*, op. cit., Vol. II, pág. 319 y ss. del mismo autor, «Algunas reflexiones respecto al alcance del control judicial de la actividad administrativa (legitimidad, oportunidad, hechos y derecho)», *Revista El Derecho*, Tomo 122, pág. 811 y «El control de la calificación jurídica de los hechos por parte de los Tribunales de justicia», *Revista La Ley*, 1992-D-335.

(72) Así, TAWIL, *Administración y Justicia*, op. cit., pág. 320. El caso paradigmático, en esta materia, es el conocido caso «López de Reyes», Fallos 244: 548; criterio también recogido en «El Panamericano», Fallos 304: 721.

(73) Fallos 244: 548, en especial, pág. 557.

si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho administrativo»⁽⁷⁴⁾.

Reparemos, por ejemplo, en el caso de una sanción aplicable a una entidad financiera por «ocultamiento» de préstamos entre vinculadas. Para que la sanción resulte procedente, el ente de supervisión financiera ha de haber podido comprobar y verificar la real ocurrencia del supuesto de hecho⁽⁷⁵⁾. Para ello las normas regulatorias le conceden al Banco Central amplios poderes de fiscalización e investigación. Podrá ocurrir que, por las particularidades del hecho, existan mayores o menores dificultades de verificación de su real ocurrencia, pero ello no quita que, necesariamente, el hecho objetivo y material debe estar comprobadamente ocurrido. En estos supuestos, cuando de lo que se trata es de la revisión judicial del acto, el afectado y el juez deben tener a su disposición la mayor amplitud probatoria posible⁽⁷⁶⁾, no siendo pertinente otorgar a las actas de verificación administrativa el valor probatorio de los instrumentos públicos sino solo el de una inversión del *onus probandi*⁽⁷⁷⁾.

b) Ahora bien, no basta que la Administración compruebe la existencia material del hecho sino que, además, debe calificar al mismo jurídicamente, es decir, debe encuadrar al hecho dentro de la norma aplicable. Se trata también de una operación jurídica puesto que, a través de la misma, se introducen a los hechos dentro del mundo de la conducta debida, y por lo tanto, se encuentra sujeta al control judicial, tal como lo sostuvo FIORINI⁽⁷⁸⁾.

(74) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Lucha Contra Las Inmunidades del Poder*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1983, pág. 31-32.

(75) En este sentido y respecto al supuesto ejemplificado en el texto, vid. CNFed. Cont. Adm. Sala V, 03/09/2009, «Lezcano, Antonio Ramón y otro c/ B.C.R.A. Resol. 194/07 (Expte. 40356/1986 Sum. Fin. 662)».

(76) Lo que exige, cuando la revisión del acto se intenta por medio de los llamados «recursos directos», asumir que se está presente ante un verdadero proceso de conocimiento pleno; así, CNFed. Cont. Adm. Sala V, 09/04/1997, «Banco Regional del Norte Argentino c. BCRA», con nota laudatoria de CASSAGNE, Juan Carlos en *Revista La Ley* 1997-D— 667.

(77) Así, CASSAGNE, Juan Carlos, «Sobre la condición de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas y su valor probatorio», *Revista El Derecho*, Tomo 63, págs. 304 y ss.

(78) FIORINI, op. cit., pág. 415.

Esta operación —que es propia y consustancial a toda actividad administrativa— tiene especial relevancia en supuestos de regulación económica. Pensemos, por ejemplo, cuando de lo que se trata es de encuadrar a un determinado bien dentro de una posición arancelaria a los fines de otorgarle un determinado tratamiento fiscal⁽⁷⁹⁾, o de encuadrar en el reglamento de suministro de energía eléctrica un error de medición del fluido⁽⁸⁰⁾, o en los supuestos de sanciones administrativas impuestas a entidades reguladas, en donde, aun tratándose de los llamados supuestos de relaciones de especial sujeción⁽⁸¹⁾, rige el principio que exige que la conducta verificada y sancionada sea aquella que la norma contempla para su punición⁽⁸²⁾.

c) Finalmente, se encuentra la labor de *apreciar* el hecho por parte de la Administración para, así, derivar de dicha *apreciación* determinadas consecuencias jurídicas habilitadas por la norma. Esta apreciación puede darse tanto, en este campo, en la etapa de calificación jurídica —por ejemplo, cuando el Banco Central tiene que apreciar si la situación de solvencia de determinada entidad financiera encuadra, o no, en las normas que le atribuyen la suspensión de la autorización para funcionar— como en la etapa de asignar al hecho determinadas consecuencias jurídicas —por ejemplo, en el ejemplo anterior, si además, la situación de solvencia amerita la imposición de vedores, etc.⁽⁸³⁾—.

En esta tarea, por lo demás, es cuando entran a jugar —en el criterio de apreciación de los hechos por la Administración— aspectos técnicos, económicos, y hasta de oportunidad y mérito. Así, el Profesor ARIÑO ORTIZ ha sostenido respecto de la fijación de tarifas, que en esta operación la Administración «se apoya más en *estimaciones* que en cálculos y datos ciertos»

(79) En este sentido, SESIN, *op. cit.*; pág. 402.

(80) Así, por ejemplo, CNFed. Cont. Adm, Sala V, 29/10/2009, *in re* «Edesur S.A. c/ Resol. 592/06 SE — ENRE (reclamo 205235)».

(81) Por ejemplo, la relación que une al Banco Central de la República Argentina con las entidades financieras, *conf.* Fallos 305: 2130.

(82) Así, CASSAGNE, Juan Carlos, «El Régimen Sancionatorio en la Actividad Financiera», en DELPIAZZO, Carlos (Coordinador), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pág. 640.

(83) Otros ejemplos clásicos de esta operación administrativa en el campo de la intervención económica lo constituyen la apreciación del hecho a los fines de otorgar una autorización, para fijar un precio o para graduar una determinada sanción; *conf.* DE LAUBADÈRE, André y DELVOLVÉ, Pierre, *Droit Public Économique*, 4º ed., Dalloz, Paris, 1983, pág. 814.

así como que en toda tarifa «hay una implícita medida de gobierno» con la que, señala, los jueces no pueden interferir⁽⁸⁴⁾.

Por otra parte, la importancia de la apreciación hecha por la Administración se verifica, especialmente en este campo, en aquellos supuestos en los cuáles, a partir de un cierto hecho ocurrido, el órgano competente debe estimar o apreciar las consecuencias futuras que el mismo puede producir en un determinado mercado; es decir, el problema no se presenta tanto cuando la apreciación se hace sobre la base de un juicio retrospectivo —sobre circunstancias ya pasadas— sino cuando es de carácter prospectivo, en los casos de «discrecionalidad de pronóstico». El ejemplo que mejor ilustra esto está dado por la apreciación que debe hacer la entidad de protección de la concurrencia cuando, ante una determinada operación de concentración empresarial —vgr. una fusión— debe determinar si, de llevarse a cabo la misma, puede derivarse un daño —necesariamente futuro— al interés económico general, lo que incidirá en la decisión de autorizarla, condicionarla o, lisa y llanamente, de prohibir la operación. Sobre el particular, ha dicho un juez del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas —sobre la base de su experiencia en la materia— que se trata de un ámbito en el que la toma de decisiones y su control posterior deben fundarse, a menudo, en un análisis necesariamente prospectivo y particularmente complejo, poco propenso a proporcionar respuestas inmediatas, evidentes e incontestables⁽⁸⁵⁾.

Las circunstancias apuntadas precedentemente muestran en claro la real problemática que, al respecto, reviste el control judicial en esta materia puesto que, el riesgo temido, es que el juez sustituya la apreciación administrativa por la propia⁽⁸⁶⁾.

No obstante, la vigencia del Estado de Derecho y del Principio de Tutela Judicial Efectiva exige que no pueda existir decisión administrativa que

(84) *Conf.* ARIÑO ORTIZ, Gaspar, «Servicio Público y Control Judicial: El caso de las Tarifas», en CASSAGNE, Juan Carlos y ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*, Lexis Nexis, Bs. As., 2005, pág. 139 y ss.; la itálica no está en el original.

(85) GARCÍA VALDECASAS, Rafael, «El estándar del control judicial en materia de concentraciones», en MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÓ, Juan (Directores), *El Derecho de la Competencia y los Jueces*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2007, pág. 198.

(86) Así, ARIÑO ORTIZ, «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del estado de Derecho», *op. cit.*; pág. 21; *idem* CIRIANO VELA, *op. cit.*; pág. 521 y ss.

quede, de suyo, exenta de control jurisdiccional. De allí que esa posibilidad de apreciación que tiene la Administración no sea completamente libre sino que esté limitada por el ordenamiento jurídico, muchas veces, por ejemplo, por un concepto jurídico indeterminado⁽⁸⁷⁾. Así, más que predicar la existencia de una libre y absoluta apreciación administrativa suele hablarse, en estos casos, de márgenes de apreciación⁽⁸⁸⁾.

Por tales motivos, hace ya casi medio siglo, primero en Francia⁽⁸⁹⁾ y luego, por su fuerza expansiva, en el ámbito europeo⁽⁹⁰⁾, se ha considerado que estas apreciaciones —por más subjetivas que ellas sean, siempre limitadas por el ordenamiento— pueden ser objeto de control. El criterio seguido al respecto ha sido el del llamado «error manifiesto de apreciación»⁽⁹¹⁾, mediante el cual el juez puede controlar y anular aquellas decisiones basadas en valoraciones o calificaciones flagrantemente incorrectas, en errores evidentes y palmarios⁽⁹²⁾, es decir, solo casos de errores graves o groseros⁽⁹³⁾. Es ilustrativo, al respecto, señalar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en un caso vinculado con el control de decisiones comunitarias relativas al control de concentraciones económicas en el campo de la competencia, ha indicado que el juez comunitario «no solo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el

(87) Tal lo que ocurre, por ejemplo, con la apreciación que pueda hacer la Administración respecto del nivel adecuado para una tarifa, apreciación esta que está limitada por el concepto jurídico indeterminado de tarifa «justa y razonable».

(88) Para su tratamiento en la doctrina alemana, *vid.* BACIGALUPO, *op. cit.*; pág. 127 y ss.

(89) A partir del *arret* «Lagrange» resuelto por el Consejo de Estado el 15 de febrero de 1961. En materia de control de políticas económicas, el caso significativo es el *arret* «Société Maison Génestel», fallado por ese tribunal el 26 de enero de 1968; *conf.* AUBY, Jean Marie y DRAGO, Roland, *Traité de recours en matière administrative*, Litec, Paris, 1992, pág. 514.

(90) Así, NEHL, Hanns Peter, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pág. 108. La influencia en la jurisprudencia comunitaria de la técnica de control francesa es resaltada, en esta materia, por CIRIANO VELA, *op. cit.*, pág. 408.

(91) Así, DE LAUBADÉRE y DEVOLVÉ, *op. cit.*; pág. 814; *idem* COLLET, MARTÍN, *Le Contrôle Jurisdictionnel des Actes des Autorités Administratives Indépendantes*, LGJD, Paris, 2003, pág. 129 y ss.; *idem* TORNOS MAS, *op. cit.*, pág. 393.

(92) Estos calificativos pertenecen a SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, pág. 44; en similar sentido, DEBBASCH, Charles y RICCI, Jean Claude, *Contentieux Administratif*, 7ª ed., Dalloz, Paris, 1999, pág. 695.

(93) AUBY y DRAGO, *op. cit.*; pág. 517.

conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos»⁽⁹⁴⁾. Este estándar de control, se ha dicho, debe analizar si la apreciación administrativa resulta plausible, no si otras apreciaciones diversas y posibles resultan también igualmente plausibles⁽⁹⁵⁾. Más allá de esto último, lo cierto es que la jurisprudencia europea ha hecho un fructífero uso de esta técnica de control anulando decisiones de la autoridad de defensa de la competencia que, a pesar de fundarse en juicios de naturaleza prospectiva, habían incurrido en un «manifiesto error de apreciación»⁽⁹⁶⁾.

Lo cierto es que, en el Derecho argentino, al amparo de los principios de interdicción de la arbitrariedad y de razonabilidad, nada impide que los tribunales de justicia puedan controlar —y en su caso, anular— decisiones administrativas de índole económica que incurran en groseros errores de apreciación de los hechos⁽⁹⁷⁾, aun cuando tales apreciaciones hayan sido efectuadas con carácter prospectivo. Así, por ejemplo y forma reciente, dos Tribunales del fuero en lo Contencioso-Administrativo Federal —si bien en instancia cautelar— han considerado que el Poder Ejecutivo Nacional había incurrido en una errónea apreciación de la situación de «urgencia» invocada respecto a los efectos nocivos para el interés general que se derivarían de no regularizar la deuda pública impagada para, con esa excusa, poder disponer —mediante un Decreto de Necesidad y Urgencia— de las reservas del Banco Central y así afectarlas al pago de dicha deuda⁽⁹⁸⁾.

(94) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia del 31/3/1998 en el caso «Francia y Société Commerciale des Potasses et de l'azote y Enterprise minière et chimique / Comisión», C-68/1994 y C-30/1995, texto en español disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994J0068:ES:HTML>; ver, también, GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*; pág. 210.

(95) GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*; pág. 211.

(96) Así, véanse los casos resueltos en el año 2002 por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas *in re* «Airtours v. Commission», caso T-342/1999; «Scheidegger Electric v. Commission», caso T-310/2001 y «Tetra Laval v. Commission», caso T-80/2002; y sobre esta cuestión, SCHWARZE, JÜRGEN, «Judicial Review of European Administrative Procedure», 68 *Law & Contemporary Problems* 85, Winter 2004, en especial, pág. 99 y ss.

(97) Así, TAWIL, *Administración y Justicia*, *op. y vol. cit.*; pág. 397 y ss.

(98) *Conf.* Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso-Administrativo Federal núm. 11 y CNFed. Cont. Adm, Sala de FERIA, resoluciones cautelares recaídas con

4. El control del proceso de toma de decisión

La dificultad propia de controlar judicialmente el contenido o sustancia de una determinada decisión administrativa —especialmente, de índole económica— no puede llevar a entender que el proceso a través del cual dicha decisión fue adoptada pueda quedar exento del control. Todo procedimiento es, de suyo, un elemento reglado del acto y, por lo tanto, la verificación acerca de si el mismo se adecua, o no, a lo previsto normativamente puede, y debe, ser objeto de revisión judicial. Esta circunstancia —que aparece como evidente para quienes nos encontramos imbuidos de las bases del Derecho administrativo continental— también fue advertida por los estadounidenses cuando, ante la proliferación de agencias reguladoras de la economía, en 1946 el Congreso Federal dictó la *Administrative Procedure Act* por medio de la cual reguló de modo unificado los procedimientos administrativos que debían seguir las comisiones para adoptar decisiones válidas, lo que otorgó un fuerte impulso al control judicial de las decisiones dictadas en estos campos sobre la base de la verificación del ajuste del obrar administrativo con tales procedimientos⁽⁹⁹⁾.

Así, tanto en los Estados Unidos como en Argentina, los tribunales —ante la dificultad de controlar la sustancia de la decisión administrativa— han fundado su control de esta clase de decisiones, preferentemente, en aspectos organizacionales y procedimentales como, por ejemplo, el control de la debida integración de los órganos colegiados⁽¹⁰⁰⁾, de la existencia de su motivación⁽¹⁰¹⁾

y del respeto de los procedimientos administrativos exigidos⁽¹⁰²⁾, especialmente, de aquellos que hacen a la participación pública⁽¹⁰³⁾.

Ahora bien, claramente el control judicial no puede limitarse a tales aspectos, puesto que, si toda decisión —en cuanto su contenido y no solo en cuanto a sus formas— debe estar sujeta al Derecho, resulta necesario que los tribunales puedan efectuar un control de la toma de decisión misma y no solo de su cauce formal.

Hace treinta y cinco años, Richard B. STEWART —en ese entonces, profesor de Derecho administrativo en la Universidad de Harvard— en un trabajo que ha sido considerado clásico para el Derecho norteamericano⁽¹⁰⁴⁾, planteaba cómo los cambios económicos y sociales que se habían producido en esos tiempos, obligaban a que la mirada de los jueces se centrara sobre los procesos de la toma de decisión por parte de las agencias regulatorias; recalcando, asimismo, la circunstancia de que en esos procesos debían tener cabida una multiplicidad de intereses sectoriales que ameritaban ser representados, oídos y finalmente evaluados por el regulador. Esta visión resultaba relevante toda vez que el estándar de anulación judicial de las decisiones de las comisiones reguladoras bajo la *Administrative Procedure Act* es el de la decisión administrativa «arbitraria y caprichosa» que, hasta ese momento y salvo excepciones muy puntua-

citas legales o con la remisión a dictámenes e informes obrantes en el expediente administrativo (cfr. CNFed. Cont. Adm, Sala III, *in re* «Distribuidora de Gas del Sur S.A.», del 15/12/1994).

(102) Así, lo resuelto en materia de imposición de medidas de salvaguarda por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* «Adidas Argentina y otros c. M.E.», Fallos 325: 1038 y por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal en lo relativo al otorgamiento o denegatoria de autorizaciones para actuar en mercados regulados, *conf.* CNFed. Cont. Adm, Sala III, *in re* «Protección Mutual de Seguros del Tte. Publ. de Pasajeros y otros c/ EN- SSN- Resol 32866/08 33042/08 s/ proceso de conocimiento», del 19/03/2009, entre otros.

(103) En esta línea, por ejemplo, CNFed. Cont. Adm, Sala IV, *in re* «Yousseffian, Martín v. Estado Nacional», del 23/6/98

(104) STEWART, Richard B.; «*The Reformation of American Administrative Law*», 88 *Harvard Law Review* 1699, June 1975. Cabe aclarar, no obstante, que el autor hacía mérito de las dificultades que esta situación planteaba a lo que llamaba el «modelo tradicional» de derecho administrativo, basado, sustancialmente en la obligación que las cortes hacían pesar sobre la comisión de dar las razones de sus decisiones según los conocidos precedentes de la Suprema Corte dictados en la década del cuarenta y conocidos como los «Chenery cases»; 318 U.S.80 (1943) y 332 U.S.194 (1947).

fechas 8/1/2010 y 22/1/2010, respectivamente, en la causa «Pinedo, Federico —Inc. Med.— (8-1-10) y otros c/ EN — Dto. 2010/09 s/ proceso de conocimiento».

(99) Sobre esta cuestión, *vid.* SCHWARTZ, Bernard, *The Professor and the Commissions*, Alfred Knopf, New York, 1959.

(100) En este sentido, dictamen del Procurador General de la Nación que la Corte Suprema hizo suyo en «Distribuidora de Gas Pampeana S.A.», fallo del 24/10/2000, donde se declaró la nulidad del acto regulatorio que se había dictado sin mediar el quórum reglamentario; en similar sentido, respecto del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, *in re* «Belmonte Manuel y Asociación Ruralista General Alvear v. Estado Nacional», fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 16/4/2008.

(101) Sobre el particular, CNFed. Cont. Adm, Sala I, *in re* «AADI CAPIF Asociación Civil Recaudadora y otros v. PEN —Sec. Prensa y Difusión— Resol. SPD 120/1996 s/ proceso de conocimiento», del 27/6/2000, voto del juez COVIELLO, considerando V.— y Sala III, *in re* «Daisy Ing. S.A. y otro v. Enargas —Resol. 62/95», del 28/3/1996, donde se declaró la nulidad del acto regulatorio por falta de motivación. Por otra parte, la jurisprudencia ha considerado que la motivación de las decisiones regulatorias se basta con la referencia a

les⁽¹⁰⁵⁾, había venido siendo interpretado de modo estricto por la Suprema Corte⁽¹⁰⁶⁾. Así las cosas, el tribunal en el caso «Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Company» fallado en 1983⁽¹⁰⁷⁾, donde se enjuiciaba una medida relativa a la desregulación de ciertos aspectos de la industria automotriz⁽¹⁰⁸⁾, produjo un cambio de relevancia en los estándares de control hasta entonces aplicados al haber exigido a la comisión reguladora una explicación detallada de por qué no había considerado las otras tres alternativas posibles frente a la efectivamente elegida⁽¹⁰⁹⁾. Se trató, como se dijo, del establecimiento de un estándar ya no meramente procedimental sino *sustancial* de revisión, en la medida en que habilitaba a los jueces a efectuar una mirada «profunda» o «penetrante» —*hard look*— sobre el mismo proceso de la toma de decisión regulatoria, focalizándose en su razonamiento y evaluación de alternativas disponibles⁽¹¹⁰⁾. Este estándar de control, de aplicación preferen-

(105) Por ejemplo, en el caso fallado en 1971 en la causa «Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe», 401 U.S.402 (1971), en donde la Corte, a pesar de que la norma no exigía al organismo expresar sus razones para justificar un determinado trazado de una carretera, remitió la causa al juzgado de distrito para que allí el Secretario Volpe brindara sus razones mediante una declaración testimonial. Hacen mención a este caso, en nuestra literatura, como un supuesto excepcional, TAWIL, Guido Santiago y MONTI, Laura Mercedes, *La Motivación del Acto Administrativo*, Depalma, Bs. As., 1998, pág. 37 y ss.

(106) En este sentido, cabe señalar que en 1978 la Suprema Corte en el conocido caso «Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council», 435 U.S. 519 (1978), sostuvo que las agencias reguladoras solo estaban obligadas a cumplir con los procedimientos previos expresamente impuestos por la normativa, vedando, por lo tanto, que los tribunales pudieran imponerles procedimientos de participación «híbridos» o no regulados.

(107) 463 U.S. 29 (1983).

(108) Vinculada con la exigencia de los cinturones de seguridad y *air bags* que, lógicamente, tenía una incidencia importantísima en lo relativo a las primas de seguros.

(109) En rigor, la aplicación de este criterio había venido siendo aplicado por ciertas decisiones del D.C. Circuit durante los años sesenta y setenta, en donde se enfrentaron dos visiones diferentes sobre la viabilidad de este control, *conf.* LEVENTHAL, Harold, «Environmental decision making and the role of Courts», 122 *University of Pennsylvania Law Review* 509 (1973-1974); *idem* WARREN, Matthew, «Active Judging: Judicial Philosophy and the Development of the Hard Look Doctrine in the D.C. Circuit», 90 *Georgetown Law Journal* 2599 (2002); *idem* WALD, Patricia, «Thirty Years of Administrative Law in the D.C. Circuit», disponible en http://www.dcbat.org/for_lawyers/sections/administrative_law_and_agency_practice/wald.cfm y en nuestra literatura, en el completo análisis efectuado en TAWIL, *Administración y Justicia*, op. y vol. cit., pág. 367 y ss.

(110) En este sentido, resulta muy interesante el análisis que brindó, sobre el particular, quien fue el abogado de State Farm Mutual Automobile Insurance Company en la citada causa,

cial en materia de emisión de regulaciones, difiere de aquel que el mismo tribunal adoptara un año después respecto de las decisiones administrativas interpretativas de leyes reguladoras en el ya citado caso «Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.»⁽¹¹¹⁾ en donde se consagró la doctrina de la «deferencia»⁽¹¹²⁾. A pesar de lo resuelto en «Chevron», lo cierto es que los Tribunales federales, sobre la base de la doctrina de «State Farm», mantuvieron la aplicación del estándar del *hard look* en variadas oportunidades ulteriores⁽¹¹³⁾ y en materias tales como las vinculadas a la regulación de las industrias energéticas⁽¹¹⁴⁾. Mientras que unos criticaban el criterio utilizado por las cortes porque entendían que necesariamente llevaba a una paralización de la actividad regulatoria y, aún por ejemplo, llevaron a acusar a los tribunales de coadyuvar a la crisis eléctrica sufrida en Estados Unidos durante el año 1990⁽¹¹⁵⁾, otros⁽¹¹⁶⁾ lo ponderaban porque entendían que las decisiones judiciales cumplían los fines que debe tener la judicatura de fomentar la discusión pública en el marco de la llamada «democracia deliberativa»⁽¹¹⁷⁾.

conf. GARLAND, Merrick B.; «Deregulation and Judicial Review», 98 *Harvard Law Review* 505 (1985). Sobre la doctrina del *hard look*, *vid.* SUNSTEIN, Cass, «Deregulation and the Hard Look Doctrine», 1983 *Supreme Court Review* 177 (1983), en especial, pág. 210 y ss.; BREYER, Stephen, «Judicial Review of Questions of Law and Policy», 38 *Administrative Law Review* 363 (1986); SHAPIRO, Sidney y LEVY, Richard E.; «Heightened Scrutiny of the Fourth Branch: Separation of Powers and the Requirement of Adequate Reasons for Agency Decisions», 1987 *Duke Law Journal* 387, así como las referencias generales en PIERCE, Richard, SHAPIRO, Sidney y VERKUIL, Paul, *Administrative Law and Process*, 3ª ed.; Foundation Press, New York, 1998, pág. 380 y ss.

(111) 467 U.S. 837 (1984).

(112) De todos modos, se ha intentado realizar un esfuerzo de armonización entre ambas decisiones, *conf.* GARLAND, op. cit.; pág. 549.

(113) Así, ver, GARRY, Patrick, «Judicial Review and the "Hard Look" Doctrine», en 7 *Nevada Law Journal* 151 (2006), en especial, pág. 158 y los fallos allí citados.

(114) Así, ver ROSSI, Jim, «Redeeming Judicial Review: The Hard Look Doctrine and Federal Regulatory Efforts to Restructure the Electric Utility Industry», 1994 *Wisconsin Law Review* 763 (1994).

(115) En este sentido, PIERCE, Richard, «The unintended effects of Judicial Review of Agency Rules: How Federal Courts have contributed to the electricity crisis of the 1990s», 43 *Administrative Law Review* 7 (1991).

(116) En este sentido, ROSSI, op. cit.; especialmente pág. 806 y ss.

(117) La teoría de la «democracia deliberativa», como alternativa a las democracias «representativa» y «participativa», tiene demasiados matices y complejidades como para ser expuesta en este trabajo. De todos modos, como bien se lo ha señalado en un completo estudio, entre otras características, los teóricos de la «democracia deliberativa» —en lo

Desde el otro lado del Atlántico también se ha dicho, respecto del control de decisiones económicas, que «el Derecho administrativo debe volver la vista a la fase previa a la adopción de la decisión, tratando de garantizar que se adoptará la decisión más racional a través de la determinación normativa del procedimiento en virtud del cual se adopta la decisión», agregándose, «lo racional, que no puede ser configurado por el juez a partir de principios generales, es lo que resulte tras un procedimiento exigente, procedimiento que debe implicar a los diversos intereses en juego (...)». Por lo tanto, el Derecho debe garantizar que en el proceso de formación de la decisión se alcance la solución más racional»⁽¹¹⁸⁾.

Ahora bien, tal como ya lo hemos adelantado, en el proceso de toma de decisión administrativa, especialmente en el campo económico, la Administración está obligada a ponderar pretensiones contrapuestas (por ejemplo, entre las de los consumidores y las de los productores, entre las de los usuarios y las de los prestadores, entre las de los diferentes competidores, entre las de los vecinos, las de los trabajadores, las de los inversores, etc.), debiendo determinar, en cada decisión que adopte como resultado de dicha ponderación, una solución de equilibrio entre esos intereses⁽¹¹⁹⁾. En toda decisión económica, como vimos debido a la escasez de recursos y multiplicidad de necesidades, siempre suele haber alguien —o algún grupo— que se beneficiará con la medida y otros que se perjudicarán quienes, por lo tanto, pretenderán cuestionar la decisión en sede judicial. Este es, sin dudas, el gran problema que plantea el control judicial de la actividad económica, puesto que obliga a los tribunales a tener que encontrar cuáles

que a este trabajo interesa— propugnan un proceso de discusión pública que permita a todos los que van a ser afectados hipotéticamente por la decisión tengan la oportunidad de plantear sus posiciones. El objetivo final es lograr una decisión que solo se base en «razones». De allí que el fin primordial de la judicatura sea, en este esquema, no efectuar un control incisivo de la actividad administrativa sino fomentar la deliberación pública, forzando a los poderes políticos a que brinden las razones de sus decisiones luego de haber permitido la deliberación pública de los afectados; *conf. RACIMO, Fernando M.; Democracia Deliberativa. Teoría y Práctica, Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, págs. 54 y ss. y pág. 196 y ss.; también ver NIÑO, Carlos Santiago, Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Bs. As., 1992, pág. 696 y del mismo autor, La constitución de la democracia deliberativa, Gedisa, Barcelona, 1996, entre otros.*

(118) *Conf. TORNOS MÁS, op. cit.; págs. 408 y 409.*

(119) En este sentido, RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 31 y ss.

son los límites jurídicos de tales ponderaciones. No se trata, como ya se observó, de buscar soluciones basadas en los aspectos procedimentales sino, lisa y llanamente, en el control de la toma de decisión misma, es decir, un control sustancial.

Juegan en apoyo de la solución que debe encontrar el juez —como se verá más adelante— la vigencia y aplicación de los principios generales del Derecho así como la del principio de razonabilidad. No obstante, y como también lo señalábamos al comienzo, toda ponderación en este campo se basa, en importante medida, en un análisis de «costo y beneficio». Se evalúan tanto intereses como medios y alternativas de solución, persiguiendo adoptar aquella que asegure el mayor beneficio pero al menor costo posible. La utilización de este balance —si bien, como se dijo, connatural a toda actividad administrativa— puede observárselo, por ejemplo en este campo, en las decisiones vinculadas al impacto ambiental que puede tener el trazado de una infraestructura, en las decisiones que diariamente debe adoptar el Banco Central de la República Argentina respecto del mantenimiento del valor de la moneda o de los recaudos de solvencia que deben observar las entidades sujetas a su fiscalización, o en las de cualquier otro organismo que deba actuar sobre el riesgo sistémico.

Es claro, además, que ese análisis no siempre es —ni debe ser— fundado en un análisis exclusivo de eficiencia asignativa de recursos, sino que, también, puede basárselo en un análisis de índole social, especialmente cuando las fallas de mercado existentes en el sector que se pretende regular sean mayores. Así, pensemos, por ejemplo, en los casos de mercados donde la regulación tiene la función primordial de garantizar las condiciones de una competencia posible (generación de energía eléctrica, telecomunicaciones). En esos supuestos, parece claro que si una determinada medida tiene potencialidad para crear asimetrías entre operadores o para desalentar la competencia en el mercado, la misma no debería ser adoptada. Lo mismo deberíamos decir respecto de aquellos supuestos donde los costos de la medida —por ejemplo, la distorsión que provoca un subsidio cruzado— superan los beneficios sociales esperables de imponer precios diferenciales entre distintas clases de consumidores. En otros casos, puede resultar necesario sacrificar cierta eficiencia para satisfacer necesidades sociales impostergables. Inclusive, en todos los casos, la Administración tampoco debería adoptar una determinada solución —perfectamente lícita en el campo de los principios— si los costos y dificultades de su imple-

mentación y fiscalización real y efectiva son de entidad (por ejemplo, en materia de subsidios y subvenciones).

Como se podrá observar, el dilema que esta situación plantea a los jueces es de gran relevancia. Ahora bien, en los Estados Unidos, durante las Administraciones Reagan y Clinton, se dictaron órdenes ejecutivas mediante las cuales se obligó a los organismos administrativos a adoptar —tanto desde el punto de vista de la eficiencia asignativa como desde la redistributiva— un test de «costo y beneficio» previo a la adopción de medidas que pudieran afectar la economía nacional, encargando el contralor de tal análisis al organismo de administración y control presupuestario perteneciente a la Administración central⁽¹²⁰⁾. Más allá de las fuertes discusiones —especialmente de índole filosófica— que planteó tal exigencia, lo cierto es que ayudó a lograr cierta racionalidad en la regulación y habilitó a los tribunales que exigieran una mayor justificación de las medidas administrativas, adentrándose a verificar si los beneficios superaban, o no, a los costos, ampliando, así, el objeto de la revisión judicial⁽¹²¹⁾.

La idea de centrar el análisis sustancial de la decisión administrativa en el análisis del «costo-beneficio» también ha sido recogida por el Derecho francés⁽¹²²⁾, primero, en materia de urbanismo y expropiación⁽¹²³⁾ y luego, por extensión, en aspectos vinculados al control de decisiones económicas⁽¹²⁴⁾.

- (120) Se tratan de las *Executive Orders* 12.291 de 1981; 12.498 de 1985 y 12.866 de 1993.
- (121) En este sentido, haciendo referencia al rol cumplido por los tribunales en la revisión judicial sobre la base del criterio del «costo y beneficio», así como en relación con las diferentes dificultades que tal criterio acarrea, ver SUNSTEIN, Cass R.; «*The Cost-Benefit State*», *Chicago Working Papers on Law & Economics*, may 1996, pág. 2 y ss., también, BREYER, Stewart, SUNSTEIN & SPITZER, *op. cit.*; pág. 178 y ss. y 305 y ss. Asimismo, se ha propuesto que los tribunales exijan a las agencias que persigan la maximización del «beneficio social neto», *conf.* ACKERMAN, Susan-Rose, *Rethinking the Progressive Agenda. The Reform of the American Regulatory State*, The Free Press, New York, 1992, págs. 33 y ss.
- (122) Su referencia puede verse en TORNOS MAS, *op. cit.*; págs. 397 y ss.
- (123) Así, Consejo de Estado, *arret* «Ville Nouvelle Lille Est», del 28/5/1971 en LONG, Marcel, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVÉ, Pierre y GENEVOIS, Bruno, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 12 édition, Dalloz, Paris, 1999, págs. 639 y ss.
- (124) Ello fue propugnado hace más de un cuarto de siglo por DE LAUBADERE y DELVOLVÉ, *op. cit.*; págs. 815 y ss.

como, por ejemplo, las adoptadas en materia de trazados de autopistas⁽¹²⁵⁾ y líneas eléctricas⁽¹²⁶⁾ y en materia de defensa de la competencia⁽¹²⁷⁾. Así, se ha afirmado que la teoría del balance importa la confrontación concreta del interés público perseguido y los costos financieros y sociales asociados; de modo tal que el Derecho público económico considera al interés general bajo la forma de un equilibrio entre los diferentes intereses en juego⁽¹²⁸⁾. De esta forma, este criterio de control sirve para determinar si la decisión se encuentra, o no, fuera de la legalidad⁽¹²⁹⁾.

Los antecedentes expuestos, demuestran cómo es perfectamente posible que un tribunal pueda controlar la sustancia misma de la decisión económica basándose en el análisis del equilibrio y ponderación de sus costos y beneficios asociados. Se trata, en rigor, de forzar a la Administración a que pueda acreditar que la decisión adoptada no solo ha ponderado todos los intereses en juego sino que, además, es la que recepta de manera más adecuada el equilibrio entre los costos y beneficios. Lamentablemente, nuestra jurisprudencia es reacia a efectuar este tipo de control, especialmente, en materia económica, puesto que entiende que ello importa inmiscuirse en cuestiones que hacen al mérito de la decisión administrativa⁽¹³⁰⁾. Ello es errado porque nadie propugna que el juez pueda sustituir la decisión administrativa por la propia, sino que de lo que se trata es que el tribunal efectúe un control basado en la prueba de la *racionalidad* de la decisión, es decir, un control de legitimidad, de modo tal que si la decisión no ha ameritado

- (125) Consejo de Estado, *arret* «Société Civile Sainte Marie de l'Assomption», del 20/10/1972, *conf.* LONG, WEIL, BRAIBANT, DELVOLVÉ y GENEVOIS *op. cit.*; pág. 644 y ss.
- (126) Consejo de Estado, *arret* «Gorlier et Bonifay», del 24/1/1974, *conf.* LONG, WEIL, BRAIBANT, DELVOLVÉ y GENEVOIS *op. cit.*; pág. 651.
- (127) Así, FRISON-ROCHE, Marie-Anne, «*Breves observations comparatives sur la consideration des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire*», en *Révue Internationale de Droit Économique*, núm. 154 (2001), pág. 405.
- (128) FRISON-ROCHE, *op. cit.*, págs. 404 y 405.
- (129) DE LAUBADERE y DELVOLVÉ, *op. cit.*; pág. 815.
- (130) Así, por ejemplo, cuando lo que se trata es de juzgar sobre la validez de la revocación de la autorización para funcionar como entidad financiera dispuesta por el Banco Central de la República Argentina, *conf.* CSJN, *in re* «Banco del Interior de Buenos Aires c/Banco Central de la República Argentina», del 4711/2008; *idem* CNFed. Cont. Adm., Sala II, 14/2/2008, «Banco Mayo Coop. Ltda. v. Banco Central de la República Argentina — Resolución 763/1998».

los costos y beneficios de la decisión o si lo ha hecho de modo desproporcionado, privando de racionalidad a lo decidido, la misma sea anulada.

5. El control a través de los Principios Generales del Derecho

Bien se ha dicho que «hay, pues, en la Constitución el reconocimiento de que existe objetivamente un orden que la trasciende. La Constitución no pretende que sea justo lo que ella sanciona porque ella lo sancione; lo sanciona porque lo reconoce justo. No pretende crear una justicia, su justicia, sino afianzar la Justicia (...). La Constitución enuncia principios, derechos y garantías que corresponden a exigencias fundamentales de la justicia; pero la aplicación de cada uno de sus principios, la determinación en cada caso concreto del ámbito propio de esos derechos, el funcionamiento de las garantías en cada oportunidad singular, obliga a formular raciocinios en los que la mayor es dada por la Constitución en términos más o menos generales —la propiedad es inviolable, por ejemplo— y el término menor se expresa con un juicio sobre lo que puede constituir violación de lo que el precepto garantiza —un gravamen que insuma una parte sustancial del bien que lo soporta ataca el derecho de propiedad— para la realización de cuyo juicio se requiere un concepto de *lo justo* que la Constitución no da, porque no podía ni debía darlo, si bien lo presupone, puesto que vale e impera eminentemente como ley suprema por ser expresión de justicia y tener como superior finalidad el imperio de esta. Por lo cual para la recta interpretación y aplicación de ella es preciso referirse a esa su razón de ser por excelencia, a esos primeros principios del orden jurídico que no son creación de ella sino de los cuales ella es creatura»⁽¹³¹⁾.

Se observa, así, que es la propia Constitución argentina la que reconoce que existe un orden justo más allá del concreto ordenamiento positivo, aún, más allá del propio texto constitucional pero al que este último lo presupone de modo implícito⁽¹³²⁾. Ese orden justo se manifiesta a través

(131) CASARES, Tomás, «El Derecho Natural y los recursos extraordinarios por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema», en CASTAÑO, Sergio R. y SOTO KLOSS, Eduardo (Editores), *El Derecho Natural en la realidad social y jurídica*, Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile, 2005, págs. 1003 y ss.

(132) Encontrando su fuente no solo en el cometido de «afianzar la Justicia» contenido en el Preámbulo sino, también, en el art. 33 del texto constitucional. En los Estados Unidos, CORWIN ha sostenido similar postura, *conf.* CORWIN, Edward S.; *The Higher Law Back-*

de principios generales que se asemejan a bienes básicos y autoevidentes⁽¹³³⁾ o a creencias indiscutibles forjadas desde afuera de la persona, en las que todo el mundo cree⁽¹³⁴⁾. Estos principios cumplen, en general, un rol de orientación del razonamiento práctico que pueden concretarse en un número indefinido de premisas y principios prácticos más específicos⁽¹³⁵⁾; es decir, están dotados de un poder generativo que les permite dar nacimiento a otras verdades que se integran dentro del mismo sistema⁽¹³⁶⁾. Más concretamente, funcionan como orientadores e informadores del ordenamiento permitiendo, a través de su interpretación, realizar una labor correctiva o extensiva de las normas; así como también como integradores del ordenamiento ante la carencia de normas que rijan la cuestión. Pero, sustancialmente, cumplen un rol fundamental al obrar, muchas veces, como verdaderas garantías de los particulares contra el Estado⁽¹³⁷⁾. De allí que, modernamente, dichos principios —que no por haber sido positivizados pierden su naturaleza de tales— hayan sido especificados y concretizados para resultar de aplicación en determinados campos del obrar humano (por ejemplo, el económico), así como que, de los mismos, se hayan derivado concretas libertades⁽¹³⁸⁾ o derechos subjetivos que pueden ser opuestos por las personas contra el Estado⁽¹³⁹⁾.

Es sabida la importancia que tienen, para el control judicial de la actividad administrativa, especialmente, para la que se ejerce mediante potestades discrecionales, los principios generales del Derecho⁽¹⁴⁰⁾. Es que,

ground of American Constitutional Law, Great Seal Books, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1968.

(133) *Conf.* FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pág. 63 y ss.

(134) Así, CASSAGNE, *op. cit.*; pág. 21.

(135) Así, FINNIS, *op. cit.*; pág. 63.

(136) Así, AYUSO, Miguel, «Los Principios Generales del Derecho en el nuevo derecho constitucional. Una visión problemática», en LAMAS, Félix Adolfo (Editor), *Los Principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas*, EDUCA, Bs. As., 2002, pág. 122.

(137) CASSAGNE, *op. cit.*, pág. 38 y 39.

(138) Así, en el campo económico, *Conf.* DE LAUBADERE Y DELVOLVÉ, *op. cit.*; pág. 182 y ss.; *idem* DELVOLVÉ, *op. cit.*; pág. 103, entre otros.

(139) No obstante, si bien el principio constituye el fundamento de la garantía o del derecho subjetivo, no cabe identificar a los principios con los derechos, tal como lo recuerda CASSAGNE, *op. cit.*; pág. 33.

(140) Sobre el particular, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Lucha...*, *op. cit.*, págs. 43 y ss., *idem* AUBY y DRAGO, *op. cit.*; pág. 447 y ss.; *idem* RIVERO, Jean, «Los principios generales del Derecho

como bien se ha apuntado, si el poder discrecional constituye un caso de remisión legal, la respectiva facultad no puede fundarse en las lagunas del ordenamiento positivo⁽¹⁴¹⁾.

En el campo de la intervención económica, los principios generales del Derecho cumplen un rol fundamental atento la especial —e incompleta— estructura de las normas del Derecho administrativo económico, así como la necesidad de recurrir a lineamientos objetivos que permitan precisar los márgenes de apreciación y las ponderaciones tan características de la Administración en esta materia⁽¹⁴²⁾. Así, cuando de lo que se trata es de su aplicación al campo de la intervención económica, la doctrina comparada ha señalado que algunos de estos —por ejemplo, los principios de no retroactividad de las normas, de igualdad y de libertad de industria y comercio— constituyen, según lo ha considerado la jurisprudencia, verdaderos «principios directores» del orden jurídico económico que, por lo tanto, se constituyen en fuente y límite de la legalidad del obrar de la Administración económica⁽¹⁴³⁾.

Tal vez el mejor ejemplo que pueda darse respecto de la relevancia que los principios generales del Derecho tienen en el ámbito del control judicial de esta especie de intervención administrativa sea lo que ocurre con la mayor organización de naturaleza económica hoy existente: la Unión Europea. Allí, sobre la base de dos normas someras del Tratado de la Unión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha podido crear un cuerpo orgánico propio y verdadero de principios generales que desarrollan una función esencial para la protección de los derechos de los individuos y para la solidez del ordenamiento jurídico comunita-

en el Derecho francés contemporáneo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 6, Madrid, 1951, pág. 289 y ss.; *idem* CHAPUS, René, «De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles de droit administratif», *Dalloz Chronique* 1966, pág. 22 y ss.; en nuestro derecho, *vid.* CASSAGNE, *op. cit.*; pág. 49 y ss. y COVIELLO, Pedro «Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo Argentino», en *Documentación Administrativa*, núm. 267-268, INAP, Madrid, 2004, pág. 92 y ss.

(141) CASSAGNE, *op. cit.*, pág. 50.

(142) Sobre el particular, *vid.* CIRIANO VARELA, *op. cit.*; pág. 470 y ss.

(143) En este sentido, LINOTTE, Didier y RÔMI, Raphael, *Services Publics et Droit Public Économique*, 4ª ed., Litec, Paris, 2001, pág. 105 y ss., en similar sentido, MESCHERIAKOFF, Alain Serge, *Droit Public Économique*, 2ª ed., PUF, Paris, 1996, págs. 82 y ss.

rio⁽¹⁴⁴⁾. Como bien se ha apuntado, la importancia de estos principios surge evidente a más que se advierta que el Derecho europeo es uno en trance de edificación y mutación, lo que impide establecer normas precisas y exige, entonces, una importante tarea de interpretación y concretización⁽¹⁴⁵⁾. Existen, pues, dos grandes categorías de principios generales, unos que tienen el valor de informar de validez a todo el ordenamiento de la Unión, como lo son los principios de legalidad, de tutela judicial efectiva, de no discriminación y de igualdad y, otros, de mayor concreción y aplicación particularizada, como lo son —en lo que aquí interesa— los principios de seguridad jurídica⁽¹⁴⁶⁾, de protección de la confianza legítima, de proporcionalidad y de irretroactividad de los actos y disposiciones comunitarias⁽¹⁴⁷⁾.

En Argentina, la jurisprudencia no ha sido de modo alguno ajena a la importancia que los principios generales del Derecho tienen como límite del ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración económica.

En efecto, si bien no corresponde aquí efectuar una reseña acabada de todos los casos en los cuáles se han aplicado judicialmente tales principios en este campo, bien puede señalarse que —en un caso donde se trataba del control de un acto emitido en ejercicio de facultades discrecionales por un ente regulador— se ha sostenido que «los principios generales del Derecho sirven al funcionario de guía para determinar la forma de vincular de mejor manera el acto con el interés público y —concomitantemente— que el acto se encuadre dentro de los principios vigentes en cada ámbito de actuación administrativa. Ello permite encauzar la valoración que puntualmente debe efectuar el funcionario, ya que aun cuando no exista una norma específica que determine el contenido del acto, este debe responder a los principios y criterios que, genéricamente, regulan el ámbito en que aquel habrá de insertarse»⁽¹⁴⁸⁾.

Por su parte, la Corte Suprema argentina ha tenido ocasión de afirmar el relevante rol que, cuando de lo que se trata es de fiscalizar el obrar discre-

(144) CHITI, Mario, *Derecho Administrativo Europeo*, ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 126 y ss.

(145) Así, SCHWARZE, Jürgen, *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, 1992, pág. 65.

(146) Así, SCHWARZE, *op. cit.*, págs. 867 y ss.

(147) CHITI, *op. y p. cit.*

(148) Así, CNFed. Cont. Adm, Sala V, 22/06/2006, *in re* «Generadora Córdoba v. ENRE»

cional de la Administración económica, cumplen principios generales del Derecho tales como, por ejemplo, los de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima. Así, respecto del primero de los principios nombrados, recientemente el Alto Tribunal lo ha invocado —luego de recordar su jerarquía constitucional⁽¹⁴⁹⁾— para vedar el desconocimiento por parte de la Administración tributaria del régimen de estabilidad fiscal garantizado por el Régimen de Inversiones en Minería en favor de las empresas que, a su amparo, habían realizado inversiones en un proyecto minero⁽¹⁵⁰⁾. Respecto del segundo, hizo mérito de la expectativa legítima que, en una empresa automotriz, el propio Estado había creado por su propia conducta normativa anterior respecto de la derogación de una tasa contemplada en un particular régimen promocional⁽¹⁵¹⁾. Sobre este último principio, importancia fundamental en la materia que tratamos tiene lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal en un precedente en el cual se juzgó que un cambio del régimen aplicable a una actividad económica adoptado sin salvaguarda alguna y sin posibilidad que los agentes económicos afectados pudiesen adecuar su actividad a las nuevas pautas reglamentarias, podía lesionar no solo derechos patrimoniales sino, también, la confianza legítima de los administrados en que se mantendría la situación anteriormente existente⁽¹⁵²⁾.

En los casos hasta aquí mencionados, la jurisprudencia ha hecho utilización de los principios generales del Derecho como un límite «negativo» a la decisión discrecional de la Administración; es decir, anulando el acto que violaba los criterios de justicia que se desprendían de los apuntados principios generales pero sin determinar la específica conducta que aquella debía seguir al respecto. Ahora bien, excepcionalmente, los tribunales han entendido que, en ciertos casos, la existencia de un principio general de Derecho puede obligar a la Administración a adoptar una conducta determinada. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con ciertas *omisiones* administrativas, es decir, en aquellos casos donde —a la luz de un determina-

(149) Tal como lo reconoció el tribunal en los casos registrados en Fallos: 220:5; 243: 465; 251:78; 253:47; 254:62; 316:3231; 317:218, *inter alia*.

(150) Conf. CSJN, *in re* «Cerro Vanguardia S.A. (TF 22.172-I) c/DGI», fallo del 30/06/2009.

(151) Conf. CSJN, *in re* «Estado Nacional (Ministerio de Economía — Secretaría de Industria) c/ Sevel Argentina S.A. (FIAT) s/ cobro de pesos.», Fallos 319: 2185.

(152) Así, CNFed. Cont. Adm, Sala III, 26/04/2000, *in re* «Sociedad de Distribuidores de Diarios y Revistas c. M.O. y S.P.».

do principio general de Derecho— se ha entendido que la Administración carece de verdadera discrecionalidad de actuación. Así, en el conocido caso «Youssefian», la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal derivó de la vigencia del principio general de protección de los intereses de consumidores y usuarios —al que pareció, amén de su rango constitucional, derivarlo de principios generales del Derecho— la exigencia de que, previamente a adoptar una decisión sobre la prórroga de la exclusividad de las licencias de las empresas telefónicas, el regulador debía convocar a una audiencia pública⁽¹⁵³⁾. Más cerca en el tiempo, la Sala V de la mencionada Cámara Federal derivó de los principios de promoción de competencia entre proveedores del servicio de comunicaciones y de libertad de elección de los usuarios —principios que bien pueden ser considerados como «generales» del régimen jurídico de la actividad económica— la obligación de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación de dictar el reglamento de «Portabilidad Numérica» en un plazo de noventa días, confirmando así lo sentenciado en primera instancia⁽¹⁵⁴⁾.

(153) Así, CNFed. Cont. Adm, Sala IV, 23/06/1998, *in re* «Youssefian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones». En el considerando XXIX, dijo la Cámara: «Sin embargo, no puede ignorarse la circunstancia de que, al no estar normativamente predeterminada la conducta, la adopción de la medida concreta —que puede ser la indicada u otra que de modo análogo asegure la necesaria participación de usuarios, consumidores y asociaciones que los nucleen— corresponde al poder administrador, quien debe contar con la libertad necesaria para cumplir su función de gestor de los intereses públicos. En efecto, es indudable que no compete a los jueces la elección de una posibilidad entre dos o más igualmente justas; y que la plena judiciabilidad (consagrada en los arts. 116 y 117, Constitución Nacional) no les permite reemplazar o sustituir los otros poderes en el ejercicio de las atribuciones que les son propias. Sin embargo, también ha de tenerse en cuenta que ello no implica que el ejercicio de una actividad discrecional por parte de la Administración Pública excluya la revisión judicial. Dicha revisión ha de ejercerse a efectos de verificar si esas facultades, efectivamente, han sido ejercidas —o, como en el caso, para asegurar que lo sean— conforme al ordenamiento jurídico, considerado este como un todo comprensivo de lo que las normas expresamente prevén, de lo implícito que resulta de su espíritu o finalidad, de los principios que surgen de ellas por analogía, y de los principios generales del derecho (entendidos como los principios naturales o de derecho natural o aquellos que principalmente deben buscarse en la Constitución Nacional)» (la *italica* nos pertenece).

(154) Conf. CNFed. Cont. Adm., Sala V, 30/06/2009, «Unión de Usuarios y Consumidores v. Estado Nacional-Sec. De Comunicaciones».

6. El control de razonabilidad y proporcionalidad

La Corte Suprema argentina, en casos de intervención administrativa en la economía, ha afirmado que «es 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 dicha exigencia»⁽¹⁵⁵⁾. Ello no es más que una consecuencia de que se encuentra bien asentada en la tradición jurídica occidental la circunstancia que las decisiones humanas —especialmente, las decisiones adoptadas por los poderes públicos— deben ser «razonables»⁽¹⁵⁶⁾. Ahora bien, a pesar de ello, lo cierto es que resulta difícil poder definir —de modo general— qué debe entenderse por decisión «razonable», dificultad esta que queda acreditada por la circunstancia que —al igual que lo que ha ocurrido en los Estados Unidos⁽¹⁵⁷⁾— nuestra Corte Suprema haya preferido evitar, cuidadosamente, dar una definición precisa de «razonabilidad»⁽¹⁵⁸⁾. Si bien —al pertenecer la dilucidación de esta cuestión al campo de la filosofía del Derecho— no somos nosotros ni este es el lugar donde corresponde determinar qué debe entenderse por «razonabilidad», podemos señalar que, usualmente, se sostiene que una «decisión razonable» hace referencia a lo que goza de cierto «consenso»

(155) Así, *in re* «Industria Maderera Lanín S.R.L.», Fallos 298: 223; «Ducilo», Fallos 313: 153 y «Elías Jaliffe», Fallos 316: 3077, respectivamente, el primero, dictado con motivo de la explotación de un proyecto de forestal y los dos restantes dictados respecto de actos administrativos emitidos al amparo de la Ley 20.680 de Abastecimiento.

(156) El calificativo de «razonable» puede ser predicado, por lo menos, respecto de tres realidades diferentes: a) respecto de un enunciado jurídico o de una norma; b) de un sujeto o c) de una decisión jurídica concreta que interpreta o aplica enunciados jurídicos; *cfr.* ATIENZA, Manuel, «Sobre lo razonable en el Derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, Madrid, septiembre-diciembre 1989, pág. 93; del mismo autor, «Para una razonable definición de "razonable"», *Revista Doxa*, núm. 4, Alicante, 1987, pág. 192.

(157) *Conf.* SOREF, Samuel, «The doctrine of reasonableness in the police power», *XXV Marquette Law Review*, n.º 1, December 1930, pág. 1 y ss.; en especial, pág. 6. En Argentina ello ya había advertido en 1944 LINARES, Juan Francisco en su célebre *El «Debido Proceso» como garantía innominada en la Constitución Argentina. Razonabilidad de las Leyes*, Depalma, Bs. As., 1944, pág. 28.

(158) Así, CIANCARDI, Juan, *El Principio de Razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2ª edición, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 2009, pág. 44.

en la comunidad⁽¹⁵⁹⁾, a «lo justificado, lo no arbitrario»⁽¹⁶⁰⁾, o bien, a la idea de «proporción o ajustamiento»⁽¹⁶¹⁾ entre dos términos o entre medios y fines.

Desde ya, cabe descartar que un eficaz concepto de «razonabilidad» —cuando debe ser aplicado por un juez para juzgar la validez de un acto administrativo— pueda depender del «consenso» que, sobre una concreta decisión, exista en la «comunidad». ¿Cómo puede un juez evaluar el apuntado «consenso» comunitario? ¿Cuál debe ser la «comunidad» o el «auditorio» que el juzgador debe considerar para evaluar el «consenso» que existe sobre lo decidido? El juez no es —ni puede serlo— un sociólogo; no es su función adoptar o validar soluciones *socialmente* aceptables, sino que su rol es completamente diferente: lograr la justa composición de la litis, la solución en el caso concreto de acuerdo a parámetros, también concretos, de justicia. Ello no quita —como se verá más adelante— que el juez no deba tener en cuenta los efectos —sociales, económicos y hasta políticos— de su decisión, mas lo que le está vedado es que el *holding* de su pronunciamiento se funde en un «consenso» por demás difícil de determinar. Por este motivo, la «razonabilidad» no puede ser una razonabilidad «abstracta», sino una razonabilidad «práctica», un juicio sobre la adecuación de la conducta a lo «justo concreto»⁽¹⁶²⁾. Finalmente, equiparar «lo razonable» con el «consenso», aparta a «lo razonable» de cualquier posibilidad de contenido o basamento «objetivo» para fundarlo, exclusivamente, en consideraciones «subjetivas»⁽¹⁶³⁾: ya las del «auditorio», ya las del propio juzgador, de modo

(159) Criterio originariamente sostenido por CHAIM PERELMAN, *conf.* su obra *Le raisonnement et le déraisonnable en Droit*, LGDJ, París, 1984.

(160) *Conf.* BAZÁN, José Luis y MADRID R.; Raúl, «Racionalidad y Razonabilidad en el Derecho», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, núm. 2, 1991, pág. 181.

(161) *Idem* nota anterior.

(162) Sobre los alcances de la «razonabilidad práctica», *conf.* FINNIS, *op. cit.*; pág. 100 y ss.; y del mismo autor, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, págs. 84 y ss.

(163) Como bien han señalado BAZÁN y MADRID: «La característica más singular de la modernidad es la imputación de dogmatismo a toda metafísica. De allí que la idea de consenso, como expresión de voluntad subjetiva y libre de contenidos a priori, haya ocupado el papel que en la tradición correspondía a la naturaleza de las cosas», *conf.* BAZÁN y MADRID, *op. cit.*; pág. 183. Para otra visión sobre el fundamento objetivo de la razonabilidad, *vid.* MAC CORMICK, Neil, «Reasonableness and Objectivity», 74 *Notre Dame Law Review* 1575 (1998-1999).

tal que, en última instancia, al anular un acto por reputárselo «irrazonable» bajo el prisma del «consenso» no se hace más que reemplazar el criterio «subjetivo» del funcionario por el criterio, también «subjetivo», de la «comunidad» o del mismo juez, lo que resulta claramente insostenible en un régimen constitucional y republicano⁽¹⁶⁴⁾.

La idea de razonabilidad como «lo justificado, lo no arbitrario» ha gozado de mayor aceptación en el campo *ius publicista*, especialmente, en el mundo anglosajón.

Así, en Gran Bretaña, sabido es que el criterio utilizado por la jurisprudencia para revisar actos administrativos de contenido discrecional está dado por el *standard* establecido en 1948 en el conocido caso «Wednesbury»⁽¹⁶⁵⁾, en donde se sostuvo que una decisión es irrazonable si (i) la Administración tuvo en cuenta cuestiones que no debieron ser consideradas o si se omitieron cuestiones que sí debieron ser consideradas o bien (ii) si la decisión es tan «irrazonable» que ninguna autoridad razonable podría haberla adoptado⁽¹⁶⁶⁾. Mientras que el primer paso del test de razonabilidad remite al control de la motivación del acto y de su causa, el segundo paso —al estar fundado en una tautología— remite a pautas de tal latitud⁽¹⁶⁷⁾ que, en definitiva, lleva al riesgo de que el criterio administrativo sea sustituido por el del juez, razón por la cual —como ha sido reconocido por la doctrina especializada— la «*Wednesbury reasonableness*» implica,

(164) Por otra parte, repárese en que en nuestro sistema constitucional y republicano, según lo dispone el art. 22 de la Carta Magna argentina, el «Pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución», razón por la cual el criterio del consenso comunitario no resultaría apto para reemplazar el criterio adoptado por quien la Constitución le ha dotado de competencias suficientes para decidir.

(165) *In re* «Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation», [1948] 1 KB 223; su texto completo puede compulsárselo en <http://www.justis.com/data-coverage/iclr-s4821028.aspx>. En el caso se trataba del enjuiciamiento de una licencia comunal para operar un cine con el requisito de no admitir a menores de quince años los días domingos.

(166) *Conf.* El voto de LORD GREENE; sobre el particular, *vid., inter alia*, GALLIGAN, Dennis James; *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pág. 321 y ss.

(167) Así, bien se ha dicho el *standard* falla en otorgar algún grado de certidumbre, *conf.* DE SMITH, WOOLF y JOWELL, *Principles of Judicial Review*, Sweet & Maxwell, London, 1999, pág. 447.

en rigor, una pauta de *autorrestricción* de parte de la Judicatura en favor de la Administración⁽¹⁶⁸⁾. Si bien la adopción de la Convención Europea de Derechos Humanos por parte de Gran Bretaña habría llevado a expandir el juicio de razonabilidad en determinadas materias⁽¹⁶⁹⁾, lo cierto es que tratándose de decisiones administrativas de naturaleza económica, el *standard* de revisión sigue siendo limitado⁽¹⁷⁰⁾.

En los Estados Unidos, especialmente en materia de revisión judicial de actos administrativos de índole regulatoria o económica, la solución es similar. La Sección 10 (e) de Ley de Procedimientos Administrativos sancionada en 1946, habilita a los tribunales, en lo que aquí interesa, a anular decisiones administrativas discrecionales en tanto que las mismas fuesen «arbitrarias, caprichosas, constituyesen un abuso de discrecionalidad o que de cualquier manera no fuesen adoptadas de conformidad con la ley»⁽¹⁷¹⁾. Se trata del llamado «*arbitrary and capricious test*»⁽¹⁷²⁾ al que ya nos hemos

(168) Así, GALLIGAN, *op. cit.*; pág. 321; *idem* CRAIG, P.P.; *Administrative Law*, 4ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1999, pág. 584; *idem* WADE, Sir William y FORSYTH, Christopher, *Administrative Law*, 8ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2000, pág. 365; LAWS, Sir John, «Wednesbury», en FORSYTH, Christopher y HARE, Ivan (Editors), *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pág. 186. En la doctrina argentina, COVIELLO ha resaltado esta circunstancia respecto del efecto del *standard* de «Wednesbury» con suma erudición y acierto; *conf.* COVIELLO, Pedro José Jorge, «El Principio de Razonabilidad en el Derecho público Argentino», en DELPIAZZO, Carlos (Coordinador), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito*, *op. cit.*, pág. 425.

(169) Admitiéndose el juicio de «proporcionalidad» al que haremos referencia más adelante, lo que, de todos modos, ha sido objeto de ciertos cuestionamientos, *conf.* DE SMITH, WOOLF y JOWELL, *op. cit.*; pág. 192 y LAWS, *op. cit.*, pág. 186 y ss.

(170) Así lo afirma P.P. CRAIG, *op. cit.*, pág. 584.

(171) En este sentido, SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, 3ª ed., Little Brown & Co; Boston, 1991, pág. 654.

(172) Si bien este *standard* de revisión estaría previsto para el control de la discrecionalidad en materia reglamentaria «informal» («*informal rulemaking*») y no resultaría de aplicación al control de la actividad reglamentaria «formal» («*formal rulemaking*») ni a la de emisión de actos individuales («*adjudication*») que estarían gobernados por el *standard* de la «evidencia sustancial» («*substantial evidence*»), lo cierto es que, se ha dicho, que el «*arbitrary and capricious test*» sienta un *standard* general de revisión que no se diferencia, en la práctica, del utilizado bajo el criterio de la «evidencia sustancial», *conf.* MCGRATH, Matthew J.; «*Convergence of the Substantial Evidence and Arbitrary and Capricious Standards of Review during informal rulemaking*», 54 *George Washington Law Review* 541 (1986); *idem* LUBBERS, Jeffrey S.; *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 3ª ed., American Bar Association, Chicago, Illinois, 1998, pág. 319 y ss.; *idem* BERMAN, George, «*The Prin-*

referido. Así, se ha sostenido que este *standard* constituye la antítesis de la razonabilidad⁽¹⁷³⁾ o de la discrecionalidad legítimamente ejercida⁽¹⁷⁴⁾. Si bien en alguna oportunidad la Suprema Corte pretendió definir de modo general el concepto de «arbitrariedad»⁽¹⁷⁵⁾, lo cierto es que —se ha sostenido— su definición resulta imposible puesto que su real significado no podría ser más que «contextual», es decir, solo precisable en un caso determinado y ante circunstancias particulares⁽¹⁷⁶⁾. La circunstancia que la Ley no haya establecido un parámetro concreto y preciso de control ha llevado a sostener que, en rigor, más que un *standard* de revisión, el analizado constituye un parámetro de «deferencia» respecto de la decisión administrativa⁽¹⁷⁷⁾. Esta previsión normativa —especialmente, en su aplicación a la materia que versa este trabajo— solo puede ser cabalmente entendida si se

- ciple of Proportionality», 26 *American Journal of Comparative Law* 415 (1977-1978), en especial, pág. 423.
- (173) SCHWARTZ ha señalado que, mientras que cuando de lo que se trata es de controlar cuestiones de derecho el criterio es el de la «corrección» («rightness»), el test de «razonabilidad» («reasonableness») juega cuando el control versa sobre cuestiones de hecho; *conf. SCHWARTZ, op. cit.*; pág. 654.
- (174) Así, BERGER, Raoul, «Administrative Arbitrariness: A synthesis», 78 *Yale Law Journal* 965 (1968-1969), en especial, pág. 969.
- (175) Ello ocurrió en el ya citado caso «Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Company», 463 U.S. 29 (1983), en pág. 43 dijo la Suprema Corte que una decisión administrativa resultaba irrazonable si «la agencia se ha basado en factores que el Congreso no la ha habilitado a considerar, ha completamente fallado en considerar algún aspecto importante del problema, ha ofrecido una explicación para su decisión que se contradice con la evidencia producida en sede administrativa o si resulta tan implausible que no podría ser considerada el producto del expertise de la agencia» (la traducción nos pertenece).
- (176) Así, WRIGHT, R. George, «Arbitrariness: Why the most important idea in administrative law can't be defined, and what this means for the law in general», 44 *University of Richmond Law Review* 839 (2009-2010), en especial, pág. 851 y 853. Esta circunstancia queda, también, demostrada por el casuismo que emplea SCHWARTZ al describir los supuestos de «abuso de la discrecionalidad», *conf. SCHWARTZ, op. cit.*; pág. 656 y ss.
- (177) Así se ha dicho que «En simplicidad, la frase *standard* de revisión denota el grado de deferencia que la corte debe otorgar a las acciones o decisiones bajo revisión», Davis, Martha S.; «A Basic Guide to Standards of Judicial Review», 33 *South Dakota Law Review* 469 (1988), especialmente, pág. 479. A poco de sancionarse la Ley de Procedimiento Administrativo el profesor Kenneth CULP, Davis sostuvo similar criterio en la primer versión de su *Administrative Law*, West Publishing Co; St. Paul, Minnesota, 1951, pág. 868 y ss.; profundizándola en trabajos posteriores, *conf. «Administrative Arbitrariness Is Not Always Reviewable»*, 51 *Minnesota Law Review* 643 (1966-1967), lo que originó un encendido debate con Raoul BERGER, *conf. BERGER, op. cit.*

parte de la base que, según sostuvo el *Attorney General* Clark en ocasión de dictaminar sobre el proyecto de lo que sería la Ley de Procedimiento Administrativo, el propósito de la misma era condensar en un cuerpo legislativo los estándares de revisión existentes al momento de su sanción⁽¹⁷⁸⁾. Así, cabe señalar que la Ley fue sancionada habiendo transcurrido ya casi una década desde que la Suprema Corte abandonara de modo definitivo el criterio amplio de revisión judicial —tanto de leyes como de regulaciones y decisiones administrativas de índole económica— fundado en el «debido proceso sustantivo»⁽¹⁷⁹⁾ en función del cual se habilitaba a las cortes a analizar la adecuación de los medios empleados para restringir libertades económicas⁽¹⁸⁰⁾, suplantándolo por un *standard* de «autorrestricción judi-

- (178) *Conf. DICKINSON, John, «The Judicial Review Provisions of the Federal Administrative Procedure Act (Section 10) Background and Effect»*, en *New York University School of Law Institute Proceedings*, Vol VII, *Federal Administrative Procedure Act and the Administrative Agencies. With Notes and Institute Proceedings*, New York, 1947, pág. 581.
- (179) El criterio del «debido proceso sustantivo» como *standard* de revisión judicial en materia de regulaciones y decisiones económicas tuvo su origen en la llamada *Gilded Age* (que comprende el período entre 1877 y 1905) especialmente cuando el tribunal falla en los famosos *Granger Cases* y su apogeo en la llamada *Era Lochner* que comienza cuando la Suprema Corte decide el conocido caso «*Lochner v. New York*», 198 U.S. 45 (1905) y que finaliza entre 1937 y 1938 cuando se dictan los casos «*West Coast Hotel Co. v. Parrish*», 300 U.S. 379 (1937) y «*United States v. Carolene Products*», 304 U.S. 144 (1938), por medio de los cuales la Suprema Corte abandona en materia económica el criterio antes sustentado. Sobre la *Era Lochner*, *conf. STRONG, Frank R.; Substantive Due Process of Law. A Dichotomy of Sense and Nonsense*, Carolina Academic Press, Durham, 1986, pág. 79 y ss.; HOVENKAMP, Herbert, *Enterprise and American Law 1836-1937*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991, pág. 171 y ss.; PHILLIPS, Michael J.; *The Lochner Court, Myth and Reality. Substantive Due Process from the 1890s to the 1930s*, Praeger, Westport, Connecticut, 2001; KENS, Paul, *Lochner v. New York. Economic Regulation on Trial*, University Press of Kansas, Kansas, 1998 y GILLMAN, Howard, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise of Lochner Era police powers jurisprudence*, Duke University Press, Durham, 1993, *inter alia*. Respecto de la aplicación de este criterio durante la *Gilded Age*, *conf. Twiss, Benjamin R.; Lawyers and the Constitution. How Laissez Faire came to the Supreme Court*, Princeton University Press, Princeton, 1942 y en la literatura argentina, ver el, como siempre, erudito y detallado estudio de BIANCHI, Alberto, *Capitalismo y Derecho Constitucional (La experiencia en los Estados Unidos entre la Guerra Civil y la Primera Guerra Mundial)*, ediciones RAP, Bs. As., 2005.
- (180) Así, por ejemplo y utilizando el criterio de «debido proceso sustantivo», a partir de conocido caso «*Smyth v. Ames*», 169 U.S. 466 (1898), la Corte entendió que los tribunales se encontraban habilitados a determinar, judicialmente, el método de valuación que debía emplearse para establecer tarifas de servicios públicos. En este sentido, identificando el correlato entre esta jurisprudencia y la vigencia del *standard* del «debido proceso sustantivo», *conf. COPELAND, Basil L y NIXON, Walter W.; «Procedural versus Substantive*

cial» («*judicial self restraint*») en donde ahora se presumía el *expertise* del regulador⁽¹⁸¹⁾, la existencia de los hechos invocados⁽¹⁸²⁾ y la legitimidad de la decisión estatal⁽¹⁸³⁾ y en función de lo cual lo relevante no eran ya los medios utilizados⁽¹⁸⁴⁾ sino el resultado final arribado por la Administración el que debía ser respetado por la judicatura salvo que se demostrase su concreta arbitrariedad⁽¹⁸⁵⁾. En definitiva, el *standard* de revisión adoptado por la

Economic Due Process for Public Utilities, 12 *Energy Law Journal* 81 (1991), en especial, pág. 83 a 88; *idem* BARNES, Irston, *The Economics of Public Utilities Regulation*, F.S. Croft & Co, New York, 1947, pág. 520 y ss. Sobre la aplicación del concepto de «razonabilidad» en materia tarifaria en este período, *conf.* WYMAN, Bruce, *The Special Law Governing Public Service Corporations and all others engaged in public employment*, reimpresión de la edición de 1911 por Beard Books, Washington D.C., 2001, pág. 1235 y ss.

(181) *Conf.* LANDIS, James Macaulay, *The Administrative Process*, Yale University Press, New Haven, 1938, pág. 123 y ss.; en similar sentido, TROWBRIDGE VOM BAUR, F.; *Federal Administrative Law*, Vol. I, Callaghan & Co; Chicago, 1942, pág. 354 y ss.

(182) *Conf.* «Pacific States Box & Basket Co. v. White», 296 U.S. 176 (1935). Este criterio de revisión rigió hasta, aproximadamente, la década del setenta cuando la Suprema Corte adoptara un *standard* más amplio en los casos «Overton Park» y «State Farm», *conf.* LUBBERS, *op. cit.*, pág. 318.

(183) *Conf.* los ya citados casos «West Coast Hotel Co. v. Parrish», 300 U.S. 379 (1937) y «United States v. Carolene Products», 304 U.S. 144 (1938). Sobre la implicancia de estos casos en el control de arbitrariedad administrativa, *conf.* CIMINI, Christine N.; «Principles of Non-Arbitrariness: Lawlessness in the Administration of Welfare», 57 *Rutgers Law Review* 451 (2005), en especial, pág. 473 y ss. Sobre la implicancia de la famosa nota 4 del voto del Juez STONE en el caso «Carolene Products» donde se justificó el diferente tratamiento del control de razonabilidad de medidas aflictivas de libertades económicas frente a otras llamadas «preferidas», *vid.* dos visiones diferentes en ELY, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980, pág. 75 y 76 y en MILLER, Geoffrey, «The True Story of Carolene Products», *The Supreme Court Review*, 1988, pág. 397 y ss.

(184) La Suprema Corte abdicó en 1941 de controlar el grado de restricción de los «medios» empleados en materia de regulación económica a partir del caso «Olsen v. Nebraska ex rel. Western Reference & Bond Association, Inc.», 313 U.S. 236 (1941), *conf.* MILLER-STRUVE, Guy, «The less-restrictive alternative principle and economic due process», 80 *Harvard Law Review* 1463 (1966-1967), en especial, pág. 1475 y ss.; en similar sentido, respecto de la revisión judicial de decisiones de regulación bancaria, STEVENSON, Jonathan, «Efficiency or Principle? A model for judicial review of federal banking agency decisions», 2 *Annual Review of Banking Law* 235 (1983).

(185) Esta circunstancia puede apreciarse, especialmente, en materia de revisión de tarifas de servicios públicos a partir de 1944 con el ya citado caso «Federal Power Commission v. Hope Natural Gas», 320 U.S. 591 (1944) en donde la Corte renunció a pronunciarse sobre el método empleado para fijarlas adoptando el criterio de la razonabilidad del «resultado final» arribado. En este sentido, COPELAND y NIXON, *op. cit.*; pág. 88 y ss. No obstante, señala PHILLIPS que este cambio de paradigma ya había comenzado en la jurisprudencia de la Su-

Ley no resulta ser más que uno de naturaleza restrictiva o deferente⁽¹⁸⁶⁾. En este marco, entonces, puede ser entendida, por un lado, la doctrina de la «deferencia» mediante la cual una decisión administrativa interpretativa de términos legales ambiguos debe ser mantenida salvo que se demuestre que la misma incurre en arbitrariedad o que resulta caprichosa y, por otro lado, la doctrina del «*hard look*» —a la que también ya nos hemos referido— como un intento reactivo de ampliar el grado de control judicial cuando lo que se trata es de revisar el proceso de toma de decisión en materia de políticas regulatorias⁽¹⁸⁷⁾. Si bien se ha propugnado que la Suprema Corte debe volver a adoptar, en materia de revisión de regulaciones económicas, la regla del «debido proceso sustancial»⁽¹⁸⁸⁾, lo cierto es que tales clamores parecen no haber tenido suficiente éxito⁽¹⁸⁹⁾ en tanto que la Suprema Corte parece realizar importantes esfuerzos para mantener el carácter restrictivo de la revisión judicial bajo el «*arbitrary and capricious test*» en esta materia⁽¹⁹⁰⁾.

En Argentina, ciertamente, por el tradicional influjo que ha tenido, en materia de revisión judicial, la jurisprudencia norteamericana, también

prema Corte en el año 1933 al fallar en el caso «Los Angeles Gas & Electric Co. v. Railroad Commission», 289 U.S. 287 (1933); *conf.* Phillips, *op. cit.*; pág. 327

(186) Así lo ha reconocido, incluso, la jurisprudencia más «activista» de la Suprema Corte americana, *conf.* Casos ya citados *in re* «Overton Park» y «State Farm», *conf.* LUBBERS, *op. cit.*, pág. 322.

(187) Así, *conf.* MILES, Thomas y SUNSTEIN, Cass, «The Real World of Arbitrariness Review», 75 *University of Chicago Law Review* 761 (2008); también, en materia de revisión judicial de decisiones regulatorias del sistema financiero, FRIEDBERG, Barry J. & GORDON, Abram S.; «Judicial Review of the Federal Banking Regulatory Agencies», 7 *Annual Review of Banking Law* 365 (1988).

(188) Así, por ejemplo, *vid.* SIEGAN, Bernard H.; *Economic Liberties and the Constitution*, University of Chicago Press, Chicago, 1980, en especial, pág. 184 y ss.; «Resurrecting Economic Rights: The Doctrine of Economic Due Process Reconsidered», 103 *Harvard Law Review* 1363 (1989-1990); KARLIN, Norman, «Substantive Due Process: A doctrine for Regulatory Control», 13 *South Western University Law Review* 479 (1982-1983); EASTERBROOK, Frank H.; «Substance and Due Process», 1982 *Supreme Court Review* 85 (1982) y MILLER, Geoffrey, «The True Story of Carolene Products», *The Supreme Court Review*, 1988, pág. 397 y ss.

(189) Por ejemplo, véase, SCHWARTZ, Bernard, *The New Right and the Constitution. Turning Back the Legal Clock*, Northeastern University Press, Boston, 1990, pág. 73 y ss.; SUNSTEIN, Cass, «Lochner's Legacy», 87 *Columbia Law Review*, 873 (1987); *inter alia*.

(190) Para una muestra de la tensión entre «deferencia» y «*hard look*», véase el voto del juez SCALIA *in re* «FCC v. Fox Television Stations, Inc.» (No. 07-582) 489 F. 3d 444.

existen muestras de la adopción de un criterio de asimilación entre lo «razonable» y lo «no arbitrario» que ha derivado en una limitación del grado de contralor judicial en materia de decisiones administrativas económicas. De modo similar a lo ocurrido en los Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó, primero, un estándar limitado de control de constitucionalidad de la legislación de naturaleza económica en función del cual la misma debía ser considerada constitucional salvo que mereciese la tacha de «arbitraria» o de «irrazonable», vedándose a los tribunales cualquier control de la «eficacia» del medio empleado⁽¹⁹¹⁾ que, luego, fue trasladado —de modo casi automático— al campo del control judicial de la actuación y regulación administrativa, especialmente, cuando la Administración ejercía potestades de índole discrecional en el ámbito económico. De esta forma, la Corte Suprema ha limitado la competencia judicial para anular actos administrativos de esta naturaleza a aquellos supuestos en los cuáles se hubiese demostrado su «arbitrariedad»⁽¹⁹²⁾. Este criterio también ha sido de recibo por la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal⁽¹⁹³⁾ y por parte de importante doctrina⁽¹⁹⁴⁾.

(191) Si bien pueden reconocerse precedentes de más antigua data dictados hacia la mitad de la década del cuarenta —por ejemplo, los casos «Inchauspe v. Junta Nacional de Carnes», Fallos 199: 483 y «Vicente Martini e Hijos», Fallos 201: 59—, el criterio descrito en el texto aparece, fundamentalmente, en la jurisprudencia dictada por la Corte Suprema entre fines de la década del cincuenta y mediados de la del sesenta en casos como «Cine Callao», Fallos 247: 121; «Lares», Fallos 243: 276; «Andrés Silva», Fallos 249: 119 y «Fernández Orquín», Fallos 264: 416. Sobre el particular, *vid.* la jurisprudencia de este período en OYANHARTE, Julio, «Historia del Poder Judicial», originalmente publicado en *Revista Todo es Historia*, mayo de 1972 y compilado en OYANHARTE, Julio C.; *Recopilación de sus obras*, edición de Martín OYANHARTE, Bs. As., 2001, pág. 196 y ss. Para una visión de conjunto de las diversas corrientes emergentes de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de control de medidas económicas, ver BIANCHI, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, Tomo II, 2ª edición, editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 2002, pág. 416 a 427 y pág. 469 a 475.

(192) Así, *in re* «Peralta», Fallos 313: 1513; *in re* «Prodelco», Fallos 321: 1252; *in re* «Camuzzi Gas Pampeana, S.A.», Fallos 331: 1369; *in re* «Banco San Miguel Coop. Ltda.», Fallos 310: 282 y «Banco del Interior de Buenos Aires», Fallos 331: 2382; *inter alia*.

(193) *Conf.* CNFed. Cont. Adm., Sala III, *in re* «Centro Motor Gas», 17/04/1997, *idem in re* «Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A.», 13/11/2009 e *in re* «Unión de Usuarios y Consumidores», 29/12/2009, *idem* Sala V, *in re* «Generadora Córdoba v. ENRE», 22/06/2006, *inter alia*.

(194) Uno de los mayores exponentes de la procedencia de este criterio ha sido, sin lugar a dudas, OYANHARTE, Julio C., *conf.* *Poder Político y Cambio Estructural en la Argentina*,

Como se podrá observar, limitar el control de razonabilidad a la inexistencia de «arbitrariedad» —nunca definida en sus contornos precisos— convierte a esta modalidad de contralor en una de carácter «débil» puesto que solo supuestos manifiestamente groseros —y, por lo tanto, de dificultosa presentación en la realidad— merecerán ser pasibles de un verdadero escrutinio judicial. Descartados estos «casos límite», lo cierto es que —como bien lo señalara el juez BOFFI BOGGERO en su célebre disidencia *in re* «López de Reyes»— no resulta «posible resolver el problema apelando exclusivamente a razones extremas de arbitrariedad (...), ya que siempre habría hipótesis de injusticia que no quedarían cubiertas por esa doctrina»⁽¹⁹⁵⁾. En definitiva, esta limitada concepción de la razonabilidad, al resultar desconectada de cualquier valoración de la «justicia material» del caso, la convierte en un simple *slogan* o en una suerte de «espada sin filo»⁽¹⁹⁶⁾ de poca utilidad, entonces, para un eficaz control judicial.

De todos modos, cabe afirmarlo, lo mencionado no quita que el concepto de «arbitrariedad» —cuya interdicción tiene en Argentina raigambre constitucional— resulte de utilidad en materia de control de la actividad discrecional en la medida en que se lo entienda en sentido amplio como comprensivo de lo injusto, irrazonable e ilegal⁽¹⁹⁷⁾. La noción de «razonabilidad» necesariamente exige remitirse a lo adecuado a la «razón»⁽¹⁹⁸⁾ y,

ed. Paidós, Bs. As., 1969, en especial, pág. 77-80 y 95-98. También han propugnado un criterio análogo, BARRA, Rodolfo Carlos, «Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial», en AAVV, *La Protección Jurídica del Ciudadano. Libro Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo III, *op. cit.*; pág. 2256 y ss. y RIVERA, Julio (h), «¿Cómo debe ejercerse el control de razonabilidad de leyes que incursionan en materia socio-económica? Análisis crítico de la actuación del Poder Judicial en el marco de las acciones de amparo interpuestas contra las normas que restringen la libre disponibilidad de los depósitos bancarios», *Revista La Ley* 2002-D-1116.

(195) *Conf.* *In re* «López de Reyes», Fallos 244: 548.

(196) Así, refiriéndose críticamente al concepto de razonabilidad utilizado por la Corte Suprema argentina, *vid.* BLANKE, Hermann Josef, «El principio de proporcionalidad en el derecho alemán, europeo y latinoamericano», *Revista de Derecho Administrativo* año 2009, Abeledo Perrot, Bs. As., 2009, pág. 615.

(197) Así, CASSAGNE, *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*, *op. cit.*; pág. 197.

(198) Así, SOTO KLOSS, Eduardo, «La noción de Acto Administrativo en el Derecho Chileno. Una perspectiva sustancial», en CASTAÑO y SOTO KLOSS, *op. cit.*, pág. 429.

en el caso, a la «razón práctica»⁽¹⁹⁹⁾. Por tal motivo, lo «arbitrario» resultará ser el resultado que asoma como disvalioso luego de un juicio práctico de valoración⁽²⁰⁰⁾ de la decisión administrativa en función del orden establecido por el sistema jurídico⁽²⁰¹⁾. Así, no basta que el juez se limite a examinar si la Administración resolvió siguiendo un razonamiento lógico-formal correcto, sino que resulta necesario que valore jurídicamente la solución adoptada y sometida a su revisión⁽²⁰²⁾. En nuestra opinión, solo desde este punto de vista la asimilación entre lo «razonable» como lo «no arbitrario» permite al juez efectuar un control suficiente de la actividad discrecional

(199) Sobre el particular, *vid.* FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*; pág. 101 y del mismo autor, «Foundations of Practical Reason Revisited», 50 *American Journal of Jurisprudence* 109 (2005), en especial, pág. 112.

(200) No puede existir juicio de razonabilidad alguno sin «valoración», *conf.* CIANCARDI, Juan, «Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad», *Revista La Ley* 2009-B-1249, en especial, pág. 1250 y del mismo autor, *Principio de Proporcionalidad y Concepto de Derecho. Una aproximación desde las tesis del positivismo jurídico*, ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2009, pág. 100 y ss. FINNIS ha sostenido que resulta irrazonable una decisión que trasunte una preferencia arbitraria entre valores, *conf.* FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*; pág. 105-106.

(201) Bien se ha dicho que «La razón práctica, en efecto, tiene como función propia establecer un orden encaminado al fin —principio práctico de lo operable—. Toda actividad presidida por la razón trasunta un orden», *conf.* CASTAÑO, Sergio Raúl, *La racionalidad de la ley*, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1995, pág. 85.

(202) Es claro que todo control de «razonabilidad» supone un control del proceso lógico utilizado en el «razonamiento» que dio lugar a la decisión puesto que, precisamente, la lógica consiste en el «arte directivo del acto mismo de la razón, por el cual el hombre puede proceder con orden, facilidad y sin error en ese acto». No obstante, la lógica que se encuentra en juego aquí no es exclusivamente la lógica formal que solo examina la corrección del proceso de razonamiento, sino también aquella que se ha llamado la «lógica clásica» es decir, la que «da cabida al contenido de las expresiones», *conf.* CASABON, Juan Alfredo, *Nociones Generales de Lógica y Filosofía*, EDUCA, Bs. As., 2006, pág. 59 y 205, respectivamente. RECASENS SICHES sostuvo que el razonamiento utilizado en materia política, jurídica y administrativa no se apoya en la lógica formal sino en la material, en la concerniente a los «contenidos», a la que llamó «lógica de lo razonable», *conf.* RECASENS SICHES, Luis, «La lógica de lo «razonable» en las decisiones políticas y jurídicas», en AAVV, *Estudios en Homenaje al Profesor López Rodó*, Volumen III, Universidad de Santiago de Compostela-Universidad Complutense-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1972, pág. 209 y ss. Criticando la limitación del concepto de razonabilidad a un análisis del razonamiento lógico-formal, *vid.* BLANKE, *op. cit.*, pág. 612, donde sostiene que: «(...) la razonabilidad es un concepto distinto de la lógica. Mientras que esta requiere una conclusión que se deduce de las premisas alegadas (no obstante las premisas de la razonabilidad), aquella requiere la conformidad de la conclusión con las premisas racionales».

sin que se corran los riesgos de suplantar la discrecionalidad administrativa por la judicial o de validar decisiones que, si bien no resultan groseramente absurdas, son injustas en tanto que no se corresponden con el orden establecido por el sistema jurídico y al cual debe adecuarse toda actividad administrativa.

Queda, finalmente, por analizar la tercera acepción del término «razonabilidad», es decir, aquella que lo vincula con la idea de «adecuación» entre medios y fines. En Argentina se ha dicho que «lo razonable es lo proporcionado al efecto, lo exigido por la igualdad y la equidad, lo armónico dentro del todo, lo equilibrado entre los extremos»⁽²⁰³⁾. Por su parte, la Corte Suprema ha tenido ocasión de señalar que «la actuación administrativa debe ser racional, justa, igual y *proporcional*, excluyéndose la arbitrariedad de la discrecionalidad, pero los tribunales no están habilitados para juzgar consideraciones de oportunidad o apreciaciones fácticas y sustituir la decisión administrativa con base en la distinta opinión que el tribunal pudiera sustentar»⁽²⁰⁴⁾.

Como puede entonces observarse, la apuntada relación entre medios y fines es objeto del llamado «juicio de proporcionalidad»⁽²⁰⁵⁾ que —históricamente originado como mecanismo de control judicial de la policía administrativa decimonónica⁽²⁰⁶⁾, ha tenido su mayor desarrollo en el campo de protección de los llamados «derechos fundamentales», especialmente, a

(203) *Conf.* HARO, Ricardo, *El Control de Constitucionalidad*, ed. Zavalía, Bs. As., 2003, pág. 201.

(204) *Conf.* *In re* «El Panamericano S.A.C.I. y F. v. Nación Argentina», Fallos 304:721, la itálica nos pertenece.

(205) Así, *conf.* LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Departamento de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1988, pág. 117; *idem* BARNES, Javier, «Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario», en *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre de 1994, pág. 496; CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Bs. As., 2009, pág. 25 y ss.; CIANCARDI, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*; pág. 27, *inter alia*.

(206) El principio habría tenido su origen en la jurisprudencia de la Suprema Corte Administrativa de Prusia de fines del Siglo XIX; *conf.* SINGH, Mahendra, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg-New York-Tokio, 1985, pág. 88; *idem* CURRIE, David P., *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, The University of Chicago Press, Chicago, 1994, pág. 20.

partir de su formulación por la jurisprudencia y doctrina alemanas⁽²⁰⁷⁾— resulta de vital relevancia cuando de lo que se trata es de controlar decisiones administrativas discrecionales de índole económica, tal como lo demuestra la experiencia europea⁽²⁰⁸⁾. En este sentido, debe tenerse presente que en tanto que en virtud del principio de subsidiariedad toda intervención administrativa en el campo económico debería justificarse —principalmente— en la existencia de fallas de mercado⁽²⁰⁹⁾, dicha intervención debe ser proporcional al grado e índole de la falla de mercado que se pretende afrontar, de modo tal que no resulte ser excesiva respecto de esta⁽²¹⁰⁾. De tal relevancia es el juicio de proporcionalidad en esta materia que el Derecho europeo lo ha llevado al rango de «principio» de su ordenamiento⁽²¹¹⁾, la doctrina lo ha catalogado como el más importante del Derecho del mercado común⁽²¹²⁾, constituye un principio de fundamental relevancia en el ám-

(207) Así, *vid.*, en especial, ALEX, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y estudio introductorio de BERNAL PULIDO, Carlos, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág. 92 y ss.; KOENIGSBERG, Donald P.; *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2ª ed., Duke University Press, Durham & London, 1997, pág. 46; HESSE, Conrado, «Significado de los Derechos Fundamentales», en BENDA, MAIHOFFER, Vogel, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 110; AUTEXIER, Christian, *Introduction au Droit Public Allemand*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, pág. 107; CURRIE, *op. cit.*; CLÉRICO, *op. cit.*; *inter alia*.

(208) Si bien su principal desarrollo fue en el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes, tanto en Alemania como en el seno de la Unión Europea —tributaria, en este tópico, de la construcción germana— el principio de proporcionalidad ha tenido importante aplicación en el control judicial de la actividad administrativa discrecional; en este sentido, *conf.* SCHWARZE, *European Administrative Law*, *op. cit.*; págs. 726 y ss., *idem* BARNES, *op. cit.*, pág. 508; *idem* BLANKE, *op. cit.*; pág. 605 y ss.

(209) Tal como lo hemos desarrollado en extenso en AGUILAR VALDEZ, Óscar R.; «Competencia y Regulación. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio», en AAVV, *Servicio Público, Policía y Fomento*, ed. RAP, Bs. As., 2004, pág. 76 y siguientes.

(210) En este sentido, LORD HASKINS, «*The challenge to State Regulation*», en BLUNDELL, James y ROBINSON, Colin, *Regulation without the State. The debate continues*, Institute of Economic Affairs, London, 2000, pág. 60; en igual sentido, OGUS, Anthony I.; *Regulation. Legal form and economic theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pág. 339 y DAINITH, Terence, «*Legal measures and their analysis*», en BALDWIN, Robert, SCOTT, Colin y HOOD, Christopher, *A Reader on Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 1998, págs. 352 y ss.

(211) Así, SCHWARZE, *European Administrative Law*, *op. cit.*, pág. 677, *idem* BARNES, *op. cit.*, pág. 516.

(212) Así, SCHWARZE, *European Administrative Law*, *op. cit.*, pág. 677.

bito de la Organización Mundial de Comercio⁽²¹³⁾ y ha sido propuesto como principio fundacional del denominado «constitucionalismo global»⁽²¹⁴⁾. En otros países de nuestro hemisferio —como es el caso de Perú— el principio de proporcionalidad ha sido señalado como aquel que permite racionalizar la actividad regulatoria económica⁽²¹⁵⁾.

En un sentido jurídico amplio, la «proporcionalidad» implica que toda intervención pública sobre las actividades de los ciudadanos para ser válida debe ser idónea, indispensable y proporcionada en sentido estricto⁽²¹⁶⁾. Desde el punto de vista de la intervención económica, la «proporcionalidad» —también considerada en sentido amplio— supone que la medida interventora cause el efecto menos restrictivo posible sobre las libertades de los agentes económicos⁽²¹⁷⁾.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina ha señalado que en modo alguno la discrecionalidad implica una libertad de apreciación extralegal, que obste a la revisión judicial de la *proporción* o ajuste de la alternativa elegida por la autoridad, respecto de las circunstancias comprobadas, de acuerdo con la finalidad de la ley, agregando, que la revisión judicial sobre la proporcionalidad entre la medida y la finalidad legal, importa un control sobre elementos reglados del acto que, por lo tanto, excluye toda asimilación posible con un control de oportunidad, mérito y conveniencia⁽²¹⁸⁾. A su vez, y en estricta materia de intervención económica, el tribunal ha hecho expresa referencia al recaudo de «propor-

(213) *Conf.* ANDENAS, Mads & ZLEPTNING, Stefan, «*Proportionality: WTO law in comparative perspective*», 42 *Texas International Law Journal* 371 (2006-2007).

(214) Así, STONE SWEET, Alec y MATHEWS, Jud, «*Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*», 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 72 (2008-2009), en especial, pág. 160.

(215) En este sentido, y con cita de decisiones del Tribunal Constitucional peruano, HUAPAYA TAPIA, Ramón, «Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho administrativo Económico y el concepto anglosajón de la Regulación», *Revista El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo* del 13 de septiembre de 2010, pág. 11.

(216) Así, CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 27; *idem* BARNES, *op. cit.*, pág. 500.

(217) Así, SCHWARZE, *European Administrative Law*, *op. cit.*; pág. 854.

(218) Así, *in re* «Demchenko, Iván», Fallos 321: 3103, considerandos 4) y 6) respectivamente. Afirmando que el control de la proporcionalidad de la medida adoptada en el acto administrativo constituye un controlador de legalidad, *conf. In re* «Productos La Vascongada, S.A.», Fallos 316: 1163 y «Godoy, Roberto Carlos», Fallos 316: 1223.

cionalidad» que debe tener la medida estatal para resultar válida, aspecto este cuya revisión —sostuvo— se corresponde con el control judicial de legalidad del obrar administrativo. Así, por ejemplo, la referencia a la «proporcionalidad» fue efectuada en relación con el control judicial de las tasas retributivas de servicios⁽²¹⁹⁾; de tarifas de servicios públicos⁽²²⁰⁾, de multas aplicadas a operadores económicos⁽²²¹⁾, de medidas de emergencia financiera⁽²²²⁾ y de asignación de competencias a órganos administrativos de contralor de la actividad privada⁽²²³⁾, entre otras cuestiones⁽²²⁴⁾.

Ahora bien, conforme la conceptualización amplia del principio de «proporcionalidad» que hemos formulado más arriba, y siguiendo en esto los lineamientos establecidos por la jurisprudencia y doctrina europeas⁽²²⁵⁾ que, a su vez, ha servido de inspiración a la nacional que se ha ocupado del tema⁽²²⁶⁾, debemos señalar que este principio se compone, a su vez, de tres «subprincipios»: a) el subprincipio de «adecuación», b) el subprincipio de «necesidad» y c) el subprincipio de «proporcionalidad en sentido estricto»⁽²²⁷⁾.

- (219) Conf. *In re* «Empresa de Transportes de Pasajeros Navarro Hnos. SRL», Fallos 319: 2211.
 (220) Conf. *In re* «Fernández, Raúl», Fallos 322: 3008.
 (221) Conf. *In re* «Lufthansa Líneas Aéreas Alemanas», Fallos 322: 2346.
 (222) Conf. *In re* «Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: «Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo», Fallos 325: 28.
 (223) Conf. *In re* «Crucero del Norte S.R.L.», Fallos 332: 193.
 (224) Para un caso reciente de aplicación de este principio respecto de medidas restrictivas de derechos individuales adoptadas por el legislador en favor de la Administración Fiscal, vid. el voto de la Juez HIGHTON DE NOLASCO *in re* «Administración Federal de Ingresos Públicos c/Intercorp S.R.L. s/ ejecución fiscal», fallo del 15/06/2010, en especial, considerando 37) y 44), respectivamente.
 (225) Conf. SCHWARZE, *European Administrative Law*, op. cit.; pág. 854 y ss. y la jurisprudencia allí citada, idem BARNES, op. cit., pág. 499 y ss.
 (226) Así, vid. CIANCARDI, *El principio de razonabilidad*, op. cit., pág. 27 y ss.; SOLA, José Vicente, *Control Judicial de Constitucionalidad*, 2ª edición actualizada, Lexis Nexis, Bs. As., 2006, pág. 676 y ss.; IBARLUCIA, Emilio, *La emergencia financiera y el control judicial de constitucionalidad*, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 2004, pág. 28.
 (227) Aun manifestando que las diferencias entre el principio de razonabilidad y el de proporcionalidad son «más aparentes que reales», señala CIANCARDI que «el llamado principio de razonabilidad no puede ser desglosado tan claramente en subprincipios, aunque estos tres juicios que se han mencionado se encuentran implícitamente en el juicio global», conf. *El principio de razonabilidad*, op. cit., pág. 28.

El subprincipio de «adecuación» supone evaluar si la medida dictada por el Estado es capaz de causar la finalidad que se dice perseguir. Dicho en otros términos, supone un juicio de «idoneidad» acerca de la medida enjuiciada en función del fin establecido por la norma⁽²²⁸⁾.

Desde ya que, de modo previo a analizar la «idoneidad» de la medida, lo primero que debe hacer el juez es controlar que el fin que se dice perseguir sea uno de aquellos que la norma que confiere la competencia habilita a la Administración a buscar; perseguir un fin ilícito o aún lícito pero que no es el habilitado por la norma atributiva de la competencia constituye, como es sabido, el vicio de desviación de poder, de fértil aplicación en materia de control judicial de la actividad discrecional⁽²²⁹⁾. Ocurre que, como bien se ha dicho, sea o no la actividad enjuiciada de naturaleza discrecional, el fin siempre constituye un elemento reglado del acto⁽²³⁰⁾. Así, por ejemplo, la autoridad de defensa de la competencia no estaría autorizada a ejercer sus atribuciones para perseguir otros fines diferentes de la protección de la concurrencia misma como lo sería la promoción y protección del empleo o la corrección de fallas estructurales del mercado⁽²³¹⁾. Asimismo, la jurisprudencia ha resuelto que las facultades conferidas a la Administración por la Ley de Abastecimiento no pueden ser utilizadas para perseguir un fin diferente como lo es la protección de la competencia⁽²³²⁾.

No obstante su aparente simplicidad, el control del fin en materia de actos dictados en ejercicio de facultades de intervención económica tiene, en rigor, cierta complejidad toda vez que no solo las normas suelen fijar fines amplios y con carácter de «objetivos» que solo pueden ser adecuadamente verificados en un acto concreto, sino que, además, suelen habilitar a la

- (228) Así, CIANCARDI, *El principio de razonabilidad*, op. cit., pág. 64; idem SCHWARZE, *European Administrative Law*, op. cit.; pág. 855; idem BARNES, op. cit., pág. 502; idem BLANKE, op. cit.; pág. 605.
 (229) Así, CASSAGNE, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y Anotada*, ed. La Ley, Bs. As., 2009, pág. 259; idem COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos* (MONTI, Laura, Colaboradora), ed. La Ley, Bs. As., 2003, pág. 125, entre otros.
 (230) Así, SILVA TAMAYO, Gustavo, *Desviación de Poder y Abuso de Derecho*, Lexis Nexis, Bs. As., 2006, pág. 174.
 (231) Tal como lo sostuvimos en AGUILAR VALDEZ, *Competencia y Regulación. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio*, op. cit., pág. 74.
 (232) Así, CNFed. Cont. Adm. Sala V, *in re* «Caja de Valores, S.A.», fallo del 29/12/2008.

Administración a que persiga, simultáneamente, dos o más fines de similar o diferente entidad y naturaleza. Un buen ejemplo de lo dicho lo constituyen las normas que atribuyen competencias a entes reguladores de servicios públicos para perseguir, simultáneamente, fines tan diversos como el fomento de la inversión, la protección de los usuarios, y la sustentabilidad ambiental y del servicio en el largo plazo⁽²³³⁾. Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha validado que ciertas normas habiliten a la Administración a ejercer competencias propias de la autoridad fiscal no solo con el fin de garantizar la normal percepción de la renta pública sino, también, la transparencia en los mercados y el combate contra la competencia desleal que se produciría con la omisión del cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los operadores económicos⁽²³⁴⁾.

Determinado el fin o los fines que el ejercicio de la competencia del órgano debe perseguir, debe el juez juzgar la «idoneidad» del medio escogido para el logro de estos. Si solo bastase la licitud de la finalidad perseguida sin análisis alguno de la «idoneidad» del medio empleado para su alcance se consagraría la más peligrosa «Razón de Estado»; el fin —siempre declarado como alto y plausible— justificaría el empleo de cualquier medio que decidiese utilizar la Administración para su logro.

Lo apuntado en el párrafo anterior que, por cierto, parece bastante obvio, no obstante no parece serlo tan así en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. En efecto, el tribunal ha señalado que no le corresponde al Poder Judicial determinar si debieron elegirse esos u otros medios diferentes a los adoptados en definitiva por el poder público puesto que solo le incumbe determinar si los elegidos son, o no, proporcionales a los fines establecidos por la norma, lo contrario, en la concepción de la Corte, implicaría habilitar un juicio sobre la oportunidad, mérito y conveniencia que se encuentra constitucionalmente vedado⁽²³⁵⁾. De esta forma, podría

(233) Ver, por ejemplo, Marco Regulatorio Federal de la Energía Eléctrica aprobado por Ley 24.065, art. 56.

(234) Así, CSJN, *in re* «Elías Jalife», Fallos 316: 3077, *idem in re* «Cámara Argentina de la Industria Frigorífica», Fallos 320: 1221 y sus citas.

(235) En este sentido, *conf.* «Compañías Swift de la Plata S.A. - Frigorífico Armour de la Plata», Fallos 171: 349, *idem in re* «Inchauspe», Fallos 199: 483; *idem in re* «Cine Callao», Fallos 199: 530, *idem in re* «Peralta», Fallos 313: 1513, *inter alia*.

pensarse que la Corte Suprema impediría a los tribunales juzgar sobre la «idoneidad» o «razonabilidad técnica» del medio empleado⁽²³⁶⁾.

Acertadamente, autores como LINARES⁽²³⁷⁾; BIDART CAMPOS⁽²³⁸⁾, PADILLA⁽²³⁹⁾ y BIANCHI⁽²⁴⁰⁾, entre otros⁽²⁴¹⁾, oportunamente señalaron que no se podía observar qué razonabilidad o proporcionalidad entre medios y fines podía determinarse si no se realiza un análisis, en primer término, de la *idoneidad técnica* del medio empleado para la consecución del fin. De allí que, en rigor de verdad, en tales casos la Corte Suprema no haya vedado el análisis judicial de la idoneidad técnica de la medida adoptada puesto que, a pesar de sus dichos y a renglón seguido, se adentró a analizar la apuntada adecuación del medio con el fin perseguido⁽²⁴²⁾.

Lo que ocurre es que este *test* de adecuación es de naturaleza exclusivamente *bilateral*, es decir, que solo analiza la idoneidad el medio empleado frente al fin perseguido pero sin analizar el mismo de modo comparativo con otros medios, también adecuados, pero no elegidos por la autoridad; ello —que es a lo que ha renunciado la Corte en la jurisprudencia citada, como se verá seguidamente— es objeto de otro subprincipio, el de «necesidad»⁽²⁴³⁾.

De todas formas, el subprincipio de «adecuación» tiene sus limitaciones puesto que se considera que el control judicial cumplimenta con el mismo al comprobar que la medida adoptada es susceptible de lograr, aún

(236) Sobre el concepto de «razonabilidad técnica», *conf.* PADILLA, Miguel M.; «Razonabilidad jurídica y razonabilidad técnica», en *Revista La Ley* 1984-C-1106.

(237) *Conf.* La *razonabilidad de las leyes*, *op. cit.*; pág. 138.

(238) *Conf.* BIDART CAMPOS, Germán J.; *Derecho Constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el Derecho Constitucional*, ed. Ediar, Bs. As., 1968, pág. 238.

(239) *Op. cit.*; pág. 1107.

(240) *Conf.* BIANCHI, Alberto, «La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica», en *Revista La Ley* 1991-C-141, en especial, pág. 170.

(241) *Conf.* KAUFMAN, Gustavo Ariel, «Constitucionalidad del avasallamiento consumado: el caso "Peralta"», *Revista El Derecho*, Tomo 146, pág. 666, en especial, pág. 678 y GRONDONA, Mariano Florencio, *La reglamentación de los derechos constitucionales. Teoría del orden de derechos*, Depalma, Bs. As., 1986, pág. 174 y ss. y del mismo autor, «Exámenes de constitucionalidad», *Revista La Ley* 2004-D-1235, *inter alia*.

(242) Tal como lo han señalado LINARES, *La razonabilidad de las leyes*, *op. cit.*, págs. 139 y PADILLA, *op. cit.*, págs. 1110 y ss.

(243) En este sentido, CIANCARDI, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 95.

en forma parcial, la finalidad perseguida⁽²⁴⁴⁾. Esta circunstancia tiene relevancia cuando se trata de la llamada «discrecionalidad de pronóstico», de modo tal que se admite cierta tolerancia con la elección formulada por la Administración en función de un juicio prospectivo⁽²⁴⁵⁾; tolerancia esta que también se manifiesta en estos casos al señalarse que la adecuación debe ser juzgada al momento en que la medida es adoptada y no con posterioridad⁽²⁴⁶⁾. Finalmente, es importante destacar que el juicio de adecuación entraña también la dificultad que emana de la circunstancia que —como se lo expresó antes— muchas veces, especialmente en el campo económico y social, a través de un mismo medio la Administración pretende lograr la satisfacción de diferentes fines. Evidentemente, en estos casos, el control judicial de la idoneidad del medio elegido resulta bastante más complejo y problemático.

El subprincipio de «necesidad» supone examinar si la medida adoptada por la autoridad es la menos restrictiva de los derechos del particular de entre otras igualmente eficaces. Exige, en definitiva, analizar si el medio escogido constituye el «menos gravoso» respecto del derecho afectado⁽²⁴⁷⁾ o, dicho de otra forma, verificar si la medida escogida se limita, o no, a restringir el derecho a lo «necesario» para el logro de la finalidad perseguida⁽²⁴⁸⁾. Consiste, a diferencia del juicio de «idoneidad» —que se basa en una determinación bilateral exclusiva de medios afines— en un análisis plurilateral, vertical y horizontal simultáneamente, entre el medio escogido, el fin buscado y otros medios hipotéticos, de modo tal que, primero, se

(244) En este sentido, *conf.* CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 78. Por su parte, se ha señalado que la jurisprudencia europea solo exige que el medio elegido no sea *manifiestamente* inadecuado para el logro de la finalidad perseguida, *conf.* SCHWARZE, *European Administrative Law*, *op. cit.*, pág. 856.

(245) Así, *conf.* BLANKE, *op. cit.*, pág. 605.

(246) En este sentido, BARNES, *op. cit.*, pág. 521. Por su parte, CIANCIARDO ha criticado que el juicio de adecuación sea hecho *ex ante*, propugnando que el mismo sea efectuado *a posteriori*, es decir, al momento en que tiene lugar el control judicial, *conf.* *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 74 y ss. Adoptar una u otra posición en materia de revisión de actos de intervención económica es relevante, toda vez que una determinada medida puede resultar parcialmente adecuada para lograr la finalidad en el corto plazo pero puede no serlo en el largo plazo (por ejemplo, utilizar un mecanismo de precios máximos para controlar la inflación).

(247) *Conf.* CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, págs. 82 y 83.

(248) Así, BLANKE, *op. cit.*, pág. 606; en similar sentido, BARNES, *op. cit.*, pág. 505; IBARLUCÍA, *op. cit.*, pág. 29; SOLA, *op. cit.*, pág. 681.

compara cada medio posible con el fin y, después, la comparación tiene lugar entre el medio escogido y los medios alternativos no escogidos por la autoridad⁽²⁴⁹⁾.

Este juicio tiene suma relevancia al momento de juzgar acerca de medidas de intervención económica puesto que afectar recursos de los particulares más allá de lo «necesario» para lograr la finalidad perseguida comporta, desde el exclusivo punto de vista económico, una solución ineficiente o, lisa y llanamente, la destrucción de bienes escasos o de «riqueza»⁽²⁵⁰⁾. Es que, en rigor, el juicio de «necesidad» supone un juicio de «eficiencia»⁽²⁵¹⁾. Por tal razón la Unión Europea lo ha consagrado en su Tratado como un principio rector de la intervención de las autoridades comunitarias⁽²⁵²⁾, su tribunal de Justicia lo ha aplicado en diversos campos como mecanismo de contralor de la discrecionalidad administrativa⁽²⁵³⁾ y la jurisprudencia

(249) Así, *conf.* CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 95.

(250) De allí que ALEXI haya sostenido que «el subprincipio de necesidad también es una expresión de la idea de “óptimo de Pareto”. A causa de la existencia de un medio más benigno e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra», *conf.* ALEXI, Robert, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 66, año 2002, pág. 29, también agregado en la 2ª edición española de su *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pág. 526, idea también expuesta en su trabajo «*Balancing, constitutional review and representation*», 3 *International Journal of Constitutional Law* 572 (2005), en especial, pág. 573; en similar sentido, GRONDONA, *La Reglamentación de los Derechos Constitucionales*, *op. cit.*, pág. 174.

(251) *Conf.* CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 95.

(252) El art. 5º, apartado III del Tratado de la Comunidad Europea dispone que «Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado».

(253) Sobre su aplicación al ámbito comunitario, *vid.* SCHWARZE, *European Administrative Law*, *op. cit.*, pág. 857 y ss. Especial importancia tiene el subprincipio de «necesidad» en un campo donde la discrecionalidad de la Administración es sumamente relevante como lo es de la defensa de la competencia. Así, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas *in re* «BaByliss / Comisión», caso 114/02, del 3/04/2003, consideró que resultaría contrario al principio de proporcionalidad establecer ciertos remedios (como la cesión de una marca) en el caso en que existiesen remedios menos onerosos para las partes que también evitasen que surgiesen problemas de competencia (como la licencia de la misma marca), *conf.* CANTOS BAQUEDANO, FRANCISCO y CARRERA HINOJAL, ENRIQUE, «La Revisión Judicial Comunitaria de las Condiciones en materia de control de concentraciones», en MARTÍNEZ LAGE, SANTIAGO y PETITBÓ JUAN, AMADEO (Directores), *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia*, Fundación Rafael Del Pino, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 291.

de la Organización Mundial del Comercio ha hecho aplicación del mismo en miras de que las medidas adoptadas por las autoridades nacionales no afecten el libre comercio más que en la medida «necesaria» para el logro de los fines de regulación interna perseguidos⁽²⁵⁴⁾. Por lo contrario, en los Estados Unidos —como lo hemos señalado— desde fines de la década del treinta la Suprema Corte ha abdicado de considerar en materia de intervención económica si el medio elegido es, o no, el menos restrictivo de los derechos afectados⁽²⁵⁵⁾.

Como ya hemos tenido ocasión de observar, de modo análogo a lo ocurrido en ese último país, la Corte Suprema argentina ha seguido un derrotero jurisprudencial similar puesto que ha señalado que no le corresponde al Poder Judicial determinar si debieron elegirse esos u otros medios diferentes a los adoptados en definitiva por el poder público⁽²⁵⁶⁾. Esta limitación ha sido adoptada, por ejemplo, en materia de control del ejercicio de facultades discrecionales de índole económica cuando se trata de la ejercida en ocasión de la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo Nacional en supuestos de emergencia económico-financiera⁽²⁵⁷⁾ y de transportes⁽²⁵⁸⁾, en materia de control de fijación de tarifas⁽²⁵⁹⁾, de contralor de decisiones de entes reguladores de servicios públicos⁽²⁶⁰⁾ y de revisión de actos vinculados a la fiscalización del sistema financiero por parte del Banco Central de la República Argentina⁽²⁶¹⁾, entre otros supuestos.

Sin lugar a dudas, y tal como ha sido señalado por la doctrina, esta postura del Máximo Tribunal constituye un grave desacierto puesto que, al negar la procedencia del juicio de «necesidad», descarta las posibilidades

(254) Así, ver ANDENAS y ZLEPTNIG, *op. cit.*, pág. 410 y ss.; *idem* SYKES, Alan O.; «The Least Restrictive Means», 70 *University of Chicago Law Review* 403 (2003), en especial, pág. 416.

(255) Ello, especialmente, a partir del caso «Olsen v. Nebraska ex rel. Western Reference & Bond Association, Inc.» 313 U.S. 236 (1941), *conf.* MILLER-STRUVE, *op. cit.*, pág. 1463; en similar sentido, BERMAN, *op. cit.*; pág. 430.

(256) En este sentido, *conf.* «Compañías Swift de la Plata S.A. — Frigorífico Armour de la Plata», Fallos 171: 349, *idem in re* «Inchauspe», Fallos 199: 483; *idem in re* «Cine Callao», Fallos 199: 530, *inter alia*.

(257) Así, *in re* «Peralta», Fallos 313: 1513.

(258) Así, *in re* «Risolia de Ocampo», Fallos 323: 1934.

(259) Así, *in re* «Prodelco», Fallos 321: 1252.

(260) Así, *in re* «Camuzzi Gas Pampeana S.A.», Fallos 331: 1369.

(261) Así, *in re* «Banco San Miguel Coop. Ltda.», Fallos 310: 282 y «Banco del Interior de Buenos Aires», Fallos 331: 2382.

de una aplicación seria y útil del control de la actividad estatal por vía del principio de proporcionalidad⁽²⁶²⁾, no solo garantizando la subsistencia de actos que —a la luz de este subprincipio— deberían ser anulados, sino, también, creando las condiciones para que, basándose en exclusivos criterios de apreciación subjetiva, se invaliden actos que, tal vez, no deberían serlo con causa en su ausencia de razonabilidad⁽²⁶³⁾. Por otra parte, en el campo de la intervención económica la abdicación de este control lleva a inmunizar innecesarios sacrificios de riqueza⁽²⁶⁴⁾ en pos de objetivos que podrían lograrse con una menor afectación de derechos y que, consecuentemente, desalientan la inversión, incrementando el riesgo regulatorio a expensas de una discrecionalidad poco limitada⁽²⁶⁵⁾ cuyos efectos, en última instancia, son soportados por toda la comunidad. Lo dicho no impone sostener —como lo hacen ciertas corrientes⁽²⁶⁶⁾— que el fin primordial del Poder Judicial sea garantizar la existencia de soluciones económicamente

(262) Así, *conf.* CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 86 y ss., en donde se exponen seis poderosas razones para justificar este desacierto y la necesidad de un abandono del criterio del tribunal; *idem* BIANCHI, «La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica», *op. cit.*, en especial, pág. 170; *idem* IBARLUCÍA, *op. cit.*; pág. 30 y ss.; KAUFMAN, *op. cit.*; pág. 678 y del mismo autor, «Seguridad Jurídica y Progreso Económico», en KAUFMAN, Gustavo Ariel, PÉREZ PESADO, César E. y URBIZTONDO, Santiago, *La Seguridad Jurídica y el Progreso Económico*, Asociación de Bancos Argentinos, ed. Tesis, Bs. As., 1993, pág. 81; *idem* GRONDONA, *La reglamentación de los derechos constitucionales*, *op. cit.*, pág. 174 y ss. y del mismo autor, «Exámenes de constitucionalidad», *op. cit.*

(263) Tal como parte de la doctrina ha reconocido que fue lo ocurrido con la invalidación del Decreto 1570/2001 que estableció el llamado «corralito financiero» en la famosa causa «Smith», Fallos 325: 28; *conf.* CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 123 y ss., *idem* IBARLUCÍA, *op. cit.*; pág. 28 y 58 y ss.; *idem* BIANCHI, en su «Prólogo» a la obra de IBARLUCÍA, pág. 9.

(264) No debe olvidarse que, tal como lo hemos afirmado en otro lugar, desde un punto de vista económico, los derechos configuran «activos» que representan verdadera «riqueza», *conf.* AGUILAR VALDEZ; «Competencia y Regulación. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio», *op. cit.*, pág. 62 y ss.

(265) En este sentido, derivando el riesgo regulatorio de una discrecionalidad poco limitada, ARIÑO ORTIZ, «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *op. cit.*; pág. 32.

(266) Por ejemplo, la corriente de *Law & Economics* en la versión sostenida por POSNER, Richard, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1983, pág. 6 y ss. y del mismo autor, *Economic Analysis of Law*, 5ª ed., Aspen Law & Business, New York, 1998, pág. 30 y ss. y pág. 565 y ss., respectivamente. Específicamente en materia de derecho público POSNER ha sostenido que «la noción de eficiencia económica puede legítimamente ser usada para resolver algunos, o tal vez muchos, de los

eficientes⁽²⁶⁷⁾, mas negar ello no puede implicar —especialmente en casos de revisión judicial de actos administrativos emitidos por la Administración económica— validar judicialmente actos que sacrifican riqueza y derechos de propiedad de modo desproporcionado resulte completamente ajeno a la justicia del caso⁽²⁶⁸⁾. En este sentido, debe tenerse presente, en primer lugar, que no cabe considerar superfluos a los recursos necesarios para invertir y

problemas constitucionales», *conf.* POSNER, Richard, «The Constitution as an economic document», *The George Washington Law Review*, Vol.56, núm. 1 (1987), pág. 60.

- (267) En este sentido, *vid.* MONZÓN, José María, «El análisis económico del derecho», en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* núm. 7, Bs. As., 1987, pág. 103 y ss.; y CRACOGNA, Dante, «Posner y el análisis económico del Derecho», en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* núm. 17, Bs. As., 1997, pág. 53 y ss.; *inter alia*. Desde una perspectiva del derecho administrativo norteamericano, *ver* WALD, Patricia, «Judicial Review of Economic Analyses», 1 *Yale Journal of Regulation* 43 (1983-1984), especialmente, pág. 62 y de la misma autora, «Limits on the Use of Economic Analysis in Judicial Decisionmaking», 50 *Law & Contemporary Problems* 225 (1987). Una síntesis de las principales críticas actuales a la escuela del Análisis Económico del Derecho puede verse en ARRUIZ, Sebastián G.; «Embates contra el Law & Economics», en *Revista Jurisprudencia Argentina*, fascículo del 17 de marzo de 2010, pág. 19 y ss. Sobre algunas limitaciones del Análisis Económico del Derecho desde el punto de vista de la «Teoría de la decisión judicial», aunque principalmente desde el ángulo del derecho privado, *conf.* LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la Decisión Judicial*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, pág. 243 y ss. No obstante, coincidimos con RIVERA cuando afirma la utilidad del Análisis Económico del Derecho en tanto que propicia la incorporación de elementos provenientes de la economía para el estudio de los fenómenos jurídicos; *conf.* RIVERA, Julio César, «Economía e Interpretación Jurídica», en *Revista La Ley* 2002-F, 1163. En similar sentido, *conf.* NAPOLITANO, Giulio, «Analisi economica del diritto pubblico», en CASSESE, Sabino (Director), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol I, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pág. 299 y ss.; DOMENECH PASCUAL, Gabriel, «Principios jurídicos, proporcionalidad y Análisis Económico del Derecho», en ORTEGA Y DE LA SIERRA (Coords.), *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 159 y ss. y SOLA, Juan Vicente, «El análisis económico del derecho. O cómo tomarse las consecuencias seriamente», *Revista La Ley* 2008-B, 1350, *inter alia*.

- (268) Sobre el particular, *vid.* HOVENKAMP, Herbert, «Political Economy of Substantive Due Process», 40 *Stanford Law Review* 379 (1987-1988); WHITE, Barbara Ann, «Economic Efficiency and the parameters of Fairness: A marriage of marketplace morals and the ethic of care», 15 *Cornell Journal of Law & Public Policy* 1 (2005-2006) y, en la literatura argentina, SOLA, Juan Vicente, *Constitución y Economía*, Lexis Nexis, Bs. As., 2004, pág. 863 y ss. Por su parte, y desde una postura más extrema, OLIVERA ha tenido ocasión de señalar que «debe la ciencia del derecho económico adelantarse a los hechos normativos y referirlos críticamente a las exigencias racionales del sistema. El punto de mira no puede ser otro que el máximo de eficiencia en la consecución de los fines del Estado con el mínimo de sacrificio para el individuo», *conf.* OLIVERA, Julio H. G.; *Derecho Económico. Conceptos y problemas fundamentales*, 2ª edición, Ediciones Macchi, Bs. As., 1981, pág. 75.

llevar adelante negocios y empresas que contribuyen al desarrollo del bienestar general⁽²⁶⁹⁾ y, en segundo lugar, que el concepto de «eficiencia» —al igual que otros de similar raigambre económica— tiene hoy en el Derecho argentino reconocimiento constitucional, lo que torna su aplicación en una cuestión jurídica del más alto rango⁽²⁷⁰⁾ lo que ha llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a instituir la «Unidad de Análisis Económico» a fin de poder precisar en los casos concretos los alcances jurídicos que puede tener la aplicación de la citada disposición constitucional⁽²⁷¹⁾.

El tercer subprincipio que integra el test de proporcionalidad es el llamado de «proporcionalidad en sentido estricto». En su formulación general, suele entenderse que este juicio supone *balancear*, por un lado, los beneficios que representa para el bien común la medida adoptada y, por otro, la restricción impuesta a los derechos por la misma, de forma tal que pueda concluirse en que los medios guardan una *relación razonable* con el fin buscado⁽²⁷²⁾.

Fundados en el origen alemán del examen y en el aporte de ALEXY quien ha propugnado integrarla con su «ley de la ponderación» —basada en la idea de optimización de las posibilidades normativas de los principios—

- (269) En este sentido, FINNIS, *Aquinas*, *op. cit.*, pág. 194.

- (270) Así, art. 42 de la Constitución Nacional al referirse, primero, a la eficiencia en los servicios públicos y, luego, a la protección de la competencia que, como es sabido, está íntimamente vinculada con la eficiencia económica, *conf.* AGUILAR VALDEZ; *Competencia y Regulación. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio*, *op. cit.*, pág. 66.

- (271) Acordada 36/2009, en cuyo art. 2, a) se dispone que una de sus funciones es entre otras la de «realizar, por indicación de la Presidencia, los estudios de índole económica necesarios para atender los requerimientos en la materia y la evaluación de los efectos que podrían producirse en las variables económicas, como consecuencia de las decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en expedientes en trámite ante el tribunal». Sobre el particular, *vid.* SOLA, Juan Vicente, «La Corte Suprema y el análisis económico del derecho», *Revista La Ley* 2009-E-1223 y SAGÜÉS, María Sofía, «El análisis económico del derecho en la jurisdicción constitucional: ponderación de la Unidad de Análisis Económico de Derecho de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina», *Revista La Ley* 2009-F-1114.

- (272) Así, SCHWARZE, *European Administrative Law*, *op. cit.*; pág. 855; *idem* BARNES, *op. cit.*, pág. 507; *idem* BLANKE, *op. cit.*; pág. 606, *idem* STONE SWEET y MATHEWS, *op. cit.*; pág. 75 y ss. En la doctrina argentina, haciéndose referencia a este subprincipio como el que propugna una *relación razonable* entre los medios y el fin perseguido, *conf.* CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 107.

en el principio de proporcionalidad⁽²⁷³⁾, algunos autores han señalado que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto equivale a una suerte de *ponderación* entre los beneficios y perjuicios generados por la medida⁽²⁷⁴⁾, aunque la proporcionalidad —se señala— no es solo *ponderación*⁽²⁷⁵⁾. Específicamente en materia del control judicial de la discrecionalidad económica se sostiene que las medidas adoptadas por la Administración, cuando la consecuencia jurídica de la norma permite una pluralidad de decisiones, deben ser *ponderadas*, en cada caso, en relación con los intereses en juego⁽²⁷⁶⁾.

Otros sistemas jurídicos identifican a este subprincipio —especialmente cuando se trata del control de decisiones de índole económica— con el análisis de «costo-beneficio»⁽²⁷⁷⁾ al que ya hemos tratado o bien, en materia de derechos no económicos, con los llamados *balancing test*⁽²⁷⁸⁾ y *strict*

scrutiny⁽²⁷⁹⁾. Inclusive, sistemas como los anglosajones que, tradicionalmente, no habían sido proclives a adoptar al principio de proporcionalidad como uno específico⁽²⁸⁰⁾, en la actualidad sus tribunales superiores parecen estar destinados, tarde o temprano, a su incorporación siguiendo las bases de su formulación continental europea⁽²⁸¹⁾, lo que resulta demostrativo del alto grado de permeabilización al cual, fruto del proceso de globalización, los tribunales y los sistemas de Derecho público nacionales están sometidos en la actualidad⁽²⁸²⁾.

en especial, pág. 426 y ss. Sobre el *balancing test*, vid. el clásico trabajo de ALENIKOFF, Alexander, «*Constitutional Law in the Age of Balancing*», 96 *Yale Law Journal* 943 (1986-1987) quien se manifiesta crítico del uso de este mecanismo por parte de la judicatura, conf. en especial, pág. 1004. Para una diferenciación entre *balancing* y proporcionalidad, atribuyéndole al primero, un cariz restrictivo que entraña un juicio de carácter negativo y al segundo, uno más amplio y que supone un juicio de carácter positivo, COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo, «*The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*», 46 *San Diego Law Review* 367 (2009), en especial, pág. 404.

(279) Sobre el particular, conf. STONE SWEET y MATHEWS, «*All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing*», pág. 17 y ss.

(280) Tal lo ocurrido, por ejemplo, en Gran Bretaña donde la *House of Lords* así lo resolvió en el caso «*R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind*», [1991] 1 AC 696, conf. KNIGHT, Christopher, «*The Test that Dare Not Speak its Name: Proportionality comes out of the closet?*», 12 *Judicial Review* 117 (2007). Una opinión contraria a la adopción de este principio en el Derecho inglés puede compulsarse en BOYRON, Sophie, «*Proportionality in English Administrative Law: A Faulty Translation?*», 12 *Oxford Journal of Legal Studies* 237 (1992).

(281) Respecto de la situación en Gran Bretaña, conf. KNIGHT, op. y p. cit. Respecto de la situación en Estados Unidos, cabe señalar la importancia del caso «*District of Columbia v. Heller*», 128 S. Ct. 2783 (2008), en donde una apretada mayoría del tribunal, cuya opinión fue vertida por el Juez ANTONIN SCALIA, rechazó la pretensión de introducir en materia de control de normas que afectaban derechos constitucionales el principio de proporcionalidad en los términos impuestos por la jurisprudencia y doctrina europea que, en el caso, era el criterio que propugnaba la minoría bajo la opinión del Juez Stephen BREYER. Sobre la relevancia de este caso, conf. STONE SWEET y MATHEWS, «*All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing*», pág. 77 y COHEN-ELIYA y PORAT, «*The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*», op. cit.

(282) Sobre el particular, desde una perspectiva anglosajona, conf. FLEINER, Thomas, «*Comparative Constitutional and Administrative Law*», 75 *Tulane Law Review* 929 (2000-2001); idem SLAUGHTER, Anne-Marie, «*Judicial Globalization*», 40 *Virginia Journal of International Law* 1103 (1999-2000) y, desde una perspectiva continental europea, conf. PONTHEUREAU, Marie-Claire, «*L'argument de Droit Comparé et les processus d'hybridation des droits. Les Réformes en Droit Administratif Français*» y DUBOS, Olivier, «*Le Droit Administratif*

(273) La «Ley de la Ponderación» ha sido enunciada por ALEXY en los siguientes términos: «Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro». Sobre esto y su relación con el principio de proporcionalidad según este autor, conf. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pág. 91 y ss.; «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», op. cit., pág. 31, «*Balancing, constitutional review and representation*», op. cit., pág. 573 y *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2005, pág. 61 y ss.

(274) Así, BARNES, op. cit., pág. 507; idem BLANKE, op. cit., pág. 606; idem RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, op. cit., pág. 105 y ss. En Argentina, LINARES, y desde la perspectiva de la Teoría Ecológica del Derecho, fue pionero en referirse, como integrante del juicio de razonabilidad, a la «razonabilidad ponderativa», conf. LINARES, *La razonabilidad de las leyes*, op. cit., pág. 143.

(275) El propio ALEXY ha reconocido que el principio de proporcionalidad es más amplio que el de ponderación, conf. *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*, op. cit., pág. 61; en similar sentido, CLÉRICO, op. cit., pág. 163 y ss. Para una aplicación de esta afirmación al Derecho administrativo, conf. BARNES, op. cit., pág. 507 y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, op. cit., pág. 111.

(276) En este sentido, conf. CIRIANO VELA, op. cit., pág. 473.

(277) Este es el caso ya analizado de lo ocurre en países de regímenes tan disímiles como Francia y Estados Unidos; en este sentido, conf. TORNOS MAS, op. cit., pág. 402 y ss. Respecto de la situación en Estados Unidos, y su relación con el criterio de la razonabilidad, conf. SUNSTEIN, Cass R., «*Is Cost-Benefit Analysis for Everyone?*», 53 *Administrative Law Review* 299 (2001); SILVERGLADE, Bruce A., «*Judicial Control of Regulatory Action based on Cost-Benefit Analysis*», 36 *Administrative Law Review* 387 (1984) y ADLER, Matthew D y POSNER, Eric A., «*Rethinking Cost-Benefit Analysis*», 109 *Yale Law Journal* 165 (1999-2000). En Argentina, participaría de esta opinión, IBARLUCÍA, op. cit., pág. 31.

(278) Así, vid. STONE SWEET, Alec & MATHEWS, Jud, «*All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing*», pro manuscrito, pág. 11 y ss. y BERMAN, op. cit.;

En lo esencial, la ponderación supone tres pasos: primero, definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, intereses o derechos que están en juego; segundo, definir la importancia de la satisfacción del principio, interés o derecho que juega en sentido contrario y, tercero, definir si la importancia de satisfacción del principio, derecho o interés contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro⁽²⁸³⁾. A los fines de este tercer paso, se ha pretendido racionalizar una suerte de fórmula de «peso» entre los principios, derechos o intereses en colisión que permitiría resolver el conflicto⁽²⁸⁴⁾. Mas el problema estaría dado cuando existe un «empate» entre ellos, en cuyo caso —se sostiene— que el juez no debe invalidar la decisión estatal puesto que tal «empate» demostraría la existencia de un «margen de acción estructural» —en nuestro caso, de discrecionalidad válidamente conferida— a favor de la autoridad⁽²⁸⁵⁾.

Esta tesis ha recibido críticas por cuanto —entre otras razones— la ponderación carecería de medidas racionales para realizarse, lo que llevaría a una decisión arbitraria⁽²⁸⁶⁾. Asimismo, y desde el Derecho administrativo, se ha dicho que no cabe identificar a ponderación o «balance» con proporcionalidad *stricto sensu* puesto que ponderación y proporcionalidad son conceptos diferentes y que juegan en campos y oportunidades distintas puesto que, mientras la ponderación es una técnica de *decisión*, la proporcionalidad es una técnica de *control* de una decisión ya adoptada⁽²⁸⁷⁾.

et les situations transnationales: des Droits étrangers au Droit Comparé?, ambos en MELLERAY, Fabrice (Directeur), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, Bruxelles, 2007, en especial, pág. 23 y ss., y 69 y ss., respectivamente. Sobre las dificultades que entraña este proceso, con especial referencia al principio de proporcionalidad, vid. BOMHOFF, Jacco, «Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law», 31 *Hastings International & Comparative Law Review* 555 (2008).

- (283) En este sentido, ALEXY, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», *op. cit.*, pág. 32.
 (284) Conf. ALEXY, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», *op. cit.*, pág. 41 y un completo desarrollo en CLÉRICO, *op. cit.*, pág. 196 y ss.
 (285) Así, ALEXY, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», *op. cit.*, pág. 43.
 (286) En este sentido, HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, ed. Trotta, Madrid, 1998, pág. 332. Una respuesta a estas críticas puede verse en ALEXY, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», *op. cit.*, p. 14 y ss. y del mismo autor, *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*, *op. cit.*; pág. 62 y ss.
 (287) En este sentido, conf. ARROYO JIMÉNEZ, Luis, «Ponderación, Proporcionalidad y Derecho Administrativo», en ORTEGA Y DE LA SIERRA (Coords), *op. cit.*, pág. 33.

Por otra parte, la incorporación de la ponderación al juicio de proporcionalidad en sentido estricto presupone la existencia de un conflicto o colisión de *intereses* —en última instancia, entre el interés público y el privado— y aún, entre *derechos* —por ejemplo, entre el derecho de propiedad de una empresa y el de los consumidores y usuarios— para lo cual el juzgador necesita jerarquizarlos⁽²⁸⁸⁾. Tal como lo ha señalado la doctrina, tal concepción nos parece errada y peligrosa⁽²⁸⁹⁾. En primer lugar, si asumimos que el interés público tiene una entidad diferente del interés particular, pretender ponderarlos o balancearlos equivale a pretender medir, comparar o sopesar, bienes disímiles y no homogéneos. Si este fuese el *quid* del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, todas las medidas administrativas —que se asumen perseguidoras del interés público y en tanto que sorteen con éxito los otros dos subprincipios— terminarían siendo validadas judicialmente con independencia del grado de lesión al interés particular, olvidando que no se concibe el bien común sin el bien propio de los particulares⁽²⁹⁰⁾. Nuevamente, una elegante consagración de la «razón de Estado»⁽²⁹¹⁾ y de la abdicación del control judicial suficiente de la actividad discrecional. En segundo lugar, tampoco parece apropiado jerarquizar derechos tal se lo ha propugnado⁽²⁹²⁾ y como lo ha hecho cierta jurisprudencia nacional para resolver conflictos entre usuarios y empresas de servicios

- (288) Así, vid. ALEXY, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», *op. cit.*, pág. 31 y ss. Afirmando la relación entre balance, ponderación y jerarquización de derechos, aunque con sentido crítico respecto de la apuntada jerarquización, tal como lo manifestamos en el texto, conf. SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, ed. La Ley, Bs. As., 2000, pág. 7 y ss.; idem ALEKNIKOFF, *op. cit.*, pág. 984 y ss.; idem LOPER, Timothy, «Substantive Due Process and Discourse Ethics: Rethinking Fundamental Rights Analysis» 13 *Washington & Lee Journal of Civil Rights & Social Justice* 41 (2006-2007), en especial, pág. 43 y ss.; idem SULLIVAN, Kathleen, «Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing», 63 *University of Colorado Law Review* 293 (1992).
 (289) Así, CIANCARDI, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 109.
 (290) Así, SOAJE RAMOS, Guido, «Sobre la Politicidad del Derecho. El Bien Común Político», en CASTAÑO Y SOTO KLOSS (Editores), *op. cit.*, pág. 41.
 (291) Así, CIANCARDI, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 111.
 (292) En este sentido, EKMEDJIAN, Miguel Ángel, «La teoría del orden jerárquico de los derechos fundamentales como garantía del ciudadano frente a la Administración Pública», en AAVV, *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, *op. cit.* Tomo III, págs. 2119 y ss.

públicos⁽²⁹³⁾ y también, recordemos, la Suprema Corte americana relegando a los derechos económicos frente a otras «libertades preferidas», a lo que tampoco ha sido completamente ajena la Corte argentina⁽²⁹⁴⁾. Amén de que la Constitución de la Argentina no contiene jerarquía entre derechos ni regla alguna que permita formularla de modo objetivo, lo cierto es que, tal como se lo ha sostenido, la jerarquización de derechos oculta en realidad, no una jerarquización de bienes, sino una jerarquización de personas⁽²⁹⁵⁾, lo que repugna a cualquier orden que pretenda tener a la protección de la dignidad de la persona humana como fin⁽²⁹⁶⁾.

En lo atinente a la inclusión del análisis de «costo-beneficio» como integrante del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, si bien no resulta incorrecta, ya hemos visto que se trata de una técnica de control que —por la especial importancia que tiene en la materia que estamos considerando— podría gozar de suficiente autonomía como técnica de control del proceso de toma de la decisión administrativa. De todos modos, este subprincipio tiene un contenido más amplio que el de un análisis de «costo-beneficio», razón por la cual no puede quedar exclusivamente limitado este y, mucho menos, si se lo considera con un criterio exclusivamente consecuencialista y a-valorativo⁽²⁹⁷⁾.

En definitiva, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto impone al juez determinar si la decisión administrativa armoniza, o no, el interés general con el interés del impugnante, lo que obliga a verificar que, en el

(293) Así, la CNFed. Cont. Adm. Sala II, *in re* «Ciancio, José M. c. Enargas», del 05/11/1998, considerando VI *in fine* donde se afirmó «que resulta indispensable un control continuo y eficaz que privilegie los derechos de todos los usuarios frente a las empresas concesionarias de los servicios públicos» (la cursiva no está en el original).

(294) En adición a las referencias bibliográficas efectuadas anteriormente sobre este tema, *vid.* BIANCHI, Alberto, «Las llamadas “libertades preferidas” en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina», *Revista Régimen de la Administración Pública* núm. 146, 1991, pág. 7 y ss.

(295) Así, CIANCARDO, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 117.

(296) Es que, como lo ha sostenido SOTO KLOSS, «no cabe jamás olvidar que el Estado está al servicio de la persona humana, desde que constituye un medio para su perfeccionamiento tanto material como espiritual», *conf.* SOTO KLOSS, *op. cit.*; pág. 435.

(297) En este sentido, véase la crítica de CIANCARDO, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, págs. 108 y 139 y ss. Sobre esta cuestión, *vid.* las limitaciones impuestas por la jurisprudencia americana en SILVERGLADE, *op. y p. cit.* y las que señala SUNSTEIN, «*Is Cost-Benefit Analysis for Everyone?*», *op. cit.*, págs. 299 y ss.

caso concreto, la satisfacción del interés público que persigue la medida no se consiga a expensas de la afectación de la *sustancia* del derecho particular ni de terceros. Esta tarea implica que el juez debe determinar «lo justo concreto» para el caso. Así, y asumiendo que el interés público —en tanto que bien «común»— es por esencia participable a todos los miembros de la comunidad⁽²⁹⁸⁾ y en todo momento⁽²⁹⁹⁾, no puede resultar «justo» que, en el caso, el interés público que sustentaría el acto pudiera aniquilar el bien particular de su destinatario o los bienes de otros sujetos puesto que, entonces, el bien que se ha pretendido privilegiar no sería «común»⁽³⁰⁰⁾. El Bien Común no constituye una realidad sustancial sino una de «orden»⁽³⁰¹⁾, de modo tal que para que aquel realmente se verifique debe «ordenar» o armonizar los bienes particulares a los que presupone⁽³⁰²⁾. La función del juicio de proporcionalidad está dada —desde esta perspectiva— en garantizar que esta armonización se verifique en el caso enjuiciado⁽³⁰³⁾.

La apuntada caracterización del juicio de proporcionalidad en sentido estricto nos lleva, necesariamente, a tener que resaltar dos aspectos que son su consecuencia.

En primer lugar, que la adecuada participación del bien particular en el bien común supone que la decisión estatal respete el «contenido esencial»⁽³⁰⁴⁾

(298) Así, SOAJE RAMOS, Guido, *op. cit.*, pág. 33 y FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*; pág. 155.

(299) En este sentido, FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*; pág. 155 y 214.

(300) *Conf.* SOAJE RAMOS, Guido, *op. cit.*, pág. 41.

(301) Precisamente, esta la diferencia que existe entre el realismo clásico y el totalitarismo en su concepción del fin del Estado, *conf.* SOAJE RAMOS, Guido, *op. cit.*, pág. 39 y 41.

(302) Así, SOAJE RAMOS, Guido, *op. cit.*, pág. 41 y FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*; pág. 155.

(303) Así, CIANCARDO, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 124.

(304) Como es sabido, la garantía del «contenido esencial» de los llamados «derechos fundamentales» es de raigambre europea y tiene su origen en la previsión contenida en el art. 19 (2) de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y ha sido también contemplada en el art. 53.1 de la Constitución Española de 1978; sobre el particular, *vid.* HÄBERLE, Peter, *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales. Presentación y Estudio Preliminar de Francisco Fernández Segado*, ed. Dickinson, Madrid, 2003, en especial, con vinculación al principio de proporcionalidad, pág. 67 y ss.; *idem* MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 99 y ss. y SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, 6ª edición, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pág. 211 y 214, entre muchos otros.

o la «sustancia»⁽³⁰⁵⁾ del derecho del particular puesto que esta garantía permite, por un lado evadir la falsa premisa de que está en presencia de conflictos de derechos o de conflictos entre el interés general y el particular así como la de ponderar —con las dificultades que ello implica— la importancia relativa de los derechos y, por otro lado, mantener vivo y eficaz el carácter no absoluto de estos últimos tal como lo prescribe la Constitución Nacional⁽³⁰⁶⁾. La «sustancia» o «contenido esencial» del derecho no es la frontera hasta la cual el Estado puede restringir el derecho sino que, como bien se lo ha señalado, constituye el amplio ámbito de su ejercicio que, una vez definido en general y determinado en las circunstancias concretas del caso, no puede ser dejado de lado por razones utilitarias⁽³⁰⁷⁾. Las verdaderas «libertades» —entre ellas, las que tienen índole económica— no pueden ser «abstractas» sino, «concretas», razón por la cual estas solo se verifican con su ejercicio y respeto por la autoridad en casos precisos y reales⁽³⁰⁸⁾. Lo relevante no es tener o conocer cuáles son nuestros «derechos» sino tener «el derecho» en el caso⁽³⁰⁹⁾. Por esta razón, la determinación del *contenido esencial* o *sustancia* del derecho —que es el válido ejercicio del mismo en el caso particular— solo puede

(305) Como es sabido, esta es la terminología que ha utilizado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para determinar cuándo un acto estatal resulta inconstitucional por afectar ilegítimamente derechos constitucionales, especialmente, el derecho de propiedad; *conf.* BIANCHI, *Control de Constitucionalidad*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 416 y ss. y CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 146 y ss.

(306) En este sentido, SERNA y TOLLER, *op. cit.*, pág. 42 y CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 114 y ss. Sobre el carácter limitado de los derechos y su vinculación con la razonabilidad, *conf.* FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, pág. 210 y ss.; acerca de cómo esta última postura puede ser utilizada como una alternativa frente al aparente «conflicto de derechos» y a la técnica del «balance», *vid.* RUSSMAN, Thomas, «Balancing Rights: The Modern Problem», 26 *Catholic Lawyer*, Autumn 1981, p. 296 y ss.

(307) Así, SERNA y TOLLER, *op. cit.*, pág. 47.

(308) Uno de los principales legados negativos del racionalismo jurídico ha sido, precisamente, suplantar las históricas libertades concretas por declaraciones de libertades abstractas que, luego, son sistemáticamente desconocidas en los casos singulares. Sobre este tema, *vid.* MILLÁN PUELLES, Antonio, *El Valor de la Libertad*, ed. Rialp, Madrid, 1995, pág. 242 y ss.

(309) Así, MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio, «Derechos y Libertades Fundamentales: Garantías y Participación», en AAVV, *El Estado de Derecho en la España de Hoy. Seminario de la Sección Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Actas Editorial, Madrid, 1996, pág. 363; en igual sentido, FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, pág. 218.

determinarse en situaciones concretas⁽³¹⁰⁾. Esta idea de que la medida estatal para resultar proporcional no puede afectar el «contenido esencial» o la «sustancia» del derecho, ha sido aplicada en materia de control de la actividad discrecional de la Administración económica, tanto por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁽³¹¹⁾ como por la Corte Suprema argentina, en este último caso, por ejemplo, para determinar si una tarifa o una sanción establecidas por la Administración resultaban, o no, irrazonables⁽³¹²⁾ o para determinar si las medidas de «pesificación» de depósitos bancarios preservaban el derecho de propiedad de los ahorristas⁽³¹³⁾.

En segundo lugar, debe resaltarse que, en el juicio de proporcionalidad tiene particular relevancia el ejercicio de la prudencia jurídica en su especie de «prudencia judicial».

A estos efectos, conviene retener que la «prudencia» es una «virtud que ajusta la ley moral universal a todos los casos que puedan presentarse»⁽³¹⁴⁾. Cuando la prudencia está orientada al bien común de la sociedad civil, estamos en presencia de la prudencia «política» a la que le atañe principalmente el oficio de hacer armónicas las relaciones entre el bien propio y el bien común, entre el individuo y la comunidad⁽³¹⁵⁾. No obstante, como bien

(310) Se trata de una tarea de determinación del derecho, *conf.* FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, pág. 218.

(311) *Conf.* SCHWARZE, *European Administrative Law*, *op. cit.*, pág. 859.

(312) Respecto de tarifas de servicios públicos, *conf.* *In re* «La Eléctrica del Norte S.A.», Fallos 179: 54, «Compañía de Tranvías Anglo Argentina», Fallos 262: 555; «Maruba S.A.», Fallos 322: 1880 y «Fernández, Raúl», Fallos 322: 3008; respecto de sanciones aplicadas a operadores económicos, *conf.* «Lufthansa Líneas Aéreas Alemanas», Fallos 322: 2346 y «Compagnie Nationale Air France», dictamen del Procurador General de la Nación al que remitió el fallo de la Corte, Fallos 326: 2367, *inter alia*.

(313) Así, *in re* «San Luis», Fallos 326: 417; «Massa», Fallos 329: 5913 y «Kujarchuk», Fallos 330: 3680. No obstante, recordamos que el juicio efectuado al respecto *in re* «Smith», Fallos 325: 28, donde no estaba en juego la «pesificación» del depósito sino solo su temporal indisponibilidad, no fue adecuadamente realizado en la medida en que la Corte concluyó dogmáticamente que tal medida impuesta por el Decreto 1570/2001 afectaba la *sustancia* del derecho del depositante y, por ende, resultaba desproporcionada e irrazonable. Para una crítica de este precedente en el sentido indicado, *conf.* CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 123 y ss., *idem* IBARLUCÍA, *op. cit.*, pág. 28 y 58 y ss.; *idem* BIANCHI, en su «Prólogo» a la obra de IBARLUCÍA, pág. 9.

(314) Así, PALACIOS, Leopoldo Eulogio, *La Prudencia Política*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1946, pág. 26.

(315) PALACIOS, *op. cit.*, pág. 33.

se lo ha señalado, es necesario advertir que no todo lo que se ordena al bien común puede calificarse como derecho, puesto que existe una vasta gama de acciones que realizan los gobernantes que, aun resultando convenientes o útiles para el bien común, no puede calificárselas como «jurídicas»⁽³¹⁶⁾. En el campo de la regulación económica este tipo de «prudencia» es de suma importancia, por ejemplo, en el establecimiento de categorías de beneficiarios a los fines de obtener un determinado tratamiento regulatorio⁽³¹⁷⁾, en la fijación de niveles de calidad del servicio a ser prestado por empresas concesionarias o, sustancialmente, en el campo de la regulación financiera en donde la fijación de los niveles de capitales mínimos o de liquidez constituye un claro supuesto de la llamada «regulación prudencial»⁽³¹⁸⁾.

El campo jurídico está ordenado solo a aquellas conductas estrictamente *debidas* para el logro del bien común⁽³¹⁹⁾; de modo tal que la función de la prudencia jurídica consiste en delimitar el contenido concreto de ese *débito* que es debido por una estricta razón de Justicia⁽³²⁰⁾. Es, en definitiva, una virtud propia del acto de determinación de lo «justo concreto» con carácter definitivo⁽³²¹⁾. De este modo, la prudencia judicial —que constituye la manifestación más acabada de la «prudencia jurídica»⁽³²²⁾— de modo alguno puede ser asimilada a una «autorrestricción» judicial puesto que esto último supone que el juez —asumido como competente para resolver— se «autolimita» en sus facultades a favor de la Administración; mientras que la «prudencia judicial» supone que el juez ejerce en plenitud sus competencias para determinar lo que resulta «justo» en

(316) Así, MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *La Prudencia Jurídica. Introducción a la Gnoseología del Derecho*, 2ª edición, Lexis Nexis, Bs. As., 2006, pág. 44.

(317) Así, por ejemplo, se ha dicho que «El art. 16 de la Ley Fundamental no impone una rígida igualdad, por lo que tal garantía no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, atribuyéndose a su *prudencia* una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la reglamentación (Fallos: 320:1166)», *in re* «Agüero», Fallos 332: 1039; *idem* «Galli», Fallos 328: 690, entre otros.

(318) Conocido como «Convergencia internacional de medidas y normas de capital. Marco revisado» o Basilea II.

(319) *Conf.* MASSINI CORREAS, *op. cit.*; pág. 45.

(320) Así, MASSINI CORREAS, *op. cit.*; pág. 46.

(321) *Conf.* MASSINI CORREAS, *op. cit.*; pág. 46.

(322) Así, MASSINI CORREAS, *op. cit.*; pág. 47.

el caso⁽³²³⁾. En otros términos: se trata de diferenciar el ejercicio de la «prudencia política» —propia de los órganos políticos del Estado— de la «prudencia judicial», propia de la función del juez; la segunda no sustituye la primera sino que se aplican a campos diferentes. He aquí, pues, otra poderosa razón para desechar la aplicación en este campo de posturas tales como la de la «deferencia» que se asientan, en última instancia, en la falta de distinción apuntada⁽³²⁴⁾.

El ejercicio de la prudencia judicial supone —como en todo acto de prudencia jurídica— deliberar, enjuiciar y mandar⁽³²⁵⁾. Así, el juez «delibera» o indaga acerca de los «medios» para el logro del fin; «juzga» si el medio elegido es «adecuado» para la solución justa y finalmente, «ordena» la conducta debida⁽³²⁶⁾. Como puede observarse, entonces, el ejercicio de la prudencia judicial resulta de suma importancia en lo relativo al control de proporcionalidad puesto que recae, precisamente, sobre los pasos constitutivos de esta especie de control.

Es de destacar, además, que el ejercicio de la prudencia judicial en casos como los que analizamos, de modo alguno puede limitarse a la búsqueda de una solución particular aislada del impacto que la misma puede tener en el amplio espectro de la política pública enjuiciada sino, que resulta imperioso que el juzgador evalúe las consecuencias que su decisión puede generar. La Corte Suprema argentina ha señalado en esta materia que «los jueces, en la tarea de razonamiento que ejercitan para indagar el sentido

(323) Tiene dicho la Corte Suprema argentina que «Hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo *in concreto*; y ello solo se puede lograr ejerciendo la virtud de la prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presentan, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo conciente desconocimiento no se compece con la misión de administrar justicia», «Oilher», Fallos 302: 1611; *idem* Fallos 321: 865 y Fallos 308:1978.

(324) En el caso «Bustos», sostuvo la Corte Suprema: «Que, por otra parte, se advierte la complejidad fáctica y técnica del tema en debate, que involucra el examen de intrincadas cuestiones financieras y bancarias, lo que impone que los jueces extremen la prudencia para no resolverlas por la vía expedita del amparo. En este orden de ideas, la indagación de las materias planteadas en el sub lite llevaría necesariamente a ponderar la política económica del gobierno para distribuir las pérdidas ocasionadas por una situación económica desorbitada», *conf.* Fallos 327: 4495; voto de la mayoría, considerando 11).

(325) Así, MASSINI CORREAS, *op. cit.*; pág. 48.

(326) *Conf.* MASSINI CORREAS, *op. cit.*; págs. 51 y ss.

que corresponde acordar a las normas, deben atender a las consecuencias que normalmente derivan de sus fallos, lo que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su interpretación y su congruencia con todo el ordenamiento jurídico»⁽³²⁷⁾. Así, el último acto del proceso «deliberativo» del ejercicio de la prudencia consiste en considerar las consecuencias «futuras» de la decisión⁽³²⁸⁾. No obstante, hay que tener presente que este constituye el aspecto más problemático de la deliberación judicial ya que el «futuro no es susceptible de un conocimiento cierto» y, por lo tanto, todo lo que sobre él pueda saberse será solo probable mas no cierto⁽³²⁹⁾. A pesar de ello, esta incertidumbre no puede ser esgrimida como una razón para eludir adoptar la decisión que corresponda a la causa, toda vez que —como bien se lo ha dicho— «siempre hay en el juicio que culmina el razonamiento práctico una cuota pura de decisión, de salto al vacío, de riesgo asumido»⁽³³⁰⁾. Y esa cuota de «pura decisión» integra, como se puede observar, la función propia de juzgar.

Hasta aquí, se ha desarrollado lo que constituye el control de «proporcionalidad». Si bien en el Derecho argentino el principio de «proporcionalidad» se encuentra comprendido en el de «razonabilidad»⁽³³¹⁾, lo cierto es que en nuestra opinión, el primero constituye un aspecto —fundamental, por cierto— del segundo pero que no agota todo el contenido que puede tener este último⁽³³²⁾ puesto que lo razonable, como se ha visto, en definitiva, refiere al ajuste de la solución con los requerimientos de la «razón práctica», a la justicia material de la concreta decisión adoptada (lo «justo concreto») y no solamente a la relación entre medios y fines que involucra el acto sujeto a control.

(327) *Conf. In re «Yacimientos Petrolíferos Fiscales v. Provincia de Corrientes»*, Fallos 315: 158.

(328) Así, MASSINI CORREAS, *op. cit.*; pág. 69 y ss.; *idem* VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, México, 2005, pág. 133 y ss.

(329) Así, MASSINI CORREAS, *op. cit.*; pág. 69.

(330) MASSINI CORREAS, *op. cit.*; pág. 70.

(331) Así, Ley 19.549, art. 7, inciso f). En doctrina, COVIELLO, «El Principio de Razonabilidad en el Derecho público Argentino», *op. cit.*; pág. 431; en similar sentido, CIANCARDI, *El principio de razonabilidad*, *op. cit.*, pág. 27 donde señala que las diferencias entre ambos principios son más «aparentes que reales».

(332) Así, por ejemplo, LÓPEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 117; también, CASSAGNE, *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*, *op. cit.*; pág. 202 y LINARES, *Razonabilidad de las Leyes*, *op. cit.*, pág. 135.

V. A MODO DE EPÍLOGO: SOBRE LOS PODERES DE SUSTITUCIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS DE NATURALEZA ECONÓMICA

Todo lo hasta aquí expuesto, nos demuestra que resulta falso plantear la temática del control judicial de las decisiones «discrecionales» de la Administración como un problema de «irrevisibilidad judicial». En la medida en que, como es sabido, no existe actuación administrativa alguna que no se encuentre habilitada y limitada por el Derecho, toda decisión de esta índole es controlable y «revisable» por los tribunales.

Planteada en estos términos la cuestión, lo relevante será determinar cuáles son los poderes que tiene el juez para, una vez «revisada» o controlada la decisión, y verificada la ilicitud de la misma, poder modificarla o sustituirla. Un tratamiento acabado de esta temática claro está, supondría referirse a una problemática mucho más amplia que la que hemos querido acometer aquí. De allí que nos debamos limitar a intentar ensayar algunas de las cuestiones que el tema plantea cuando de lo que se trata es del control de los actos de la Administración económica.

La Corte Suprema argentina tiene afirmado, como principio general, 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»⁽³³³⁾. Esta regla sigue —además del principio que regula los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general⁽³³⁴⁾— los lineamientos que tradicionalmente se han propugnado en la materia y que recogen legislaciones comparadas⁽³³⁵⁾.

(333) *Conf. In re «Orias»*, Fallos 317: 40.

(334) Que propugna que la declaración de inconstitucionalidad de una norma solo invalida su aplicación al caso mas no autoriza al Poder Judicial a ordenar al órgano político a sancionar una nueva con un determinado contenido; *conf. «Pupelis»*, Fallos 314: 424.

(335) Así, por ejemplo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del Reino de España, art. 71.2, donde se prohíbe al tribunal «determinar el contenido discrecional del acto anulado».

En materia de control de actos de la Administración económica, la jurisprudencia del Tribunal supremo argentino ha negado, por ejemplo, que el Poder Judicial, como consecuencia de la anulación de un acto administrativo, pueda obligar a una entidad pública a que realice una determinada obra, argumentando que «el control judicial sobre las decisiones discrecionales se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria, pero no implica que el juez sustituya a la administración en su facultad de decidir, máxime que la competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva»⁽³³⁶⁾.

Más allá de lo que seguidamente señalaremos respecto de ciertos casos donde los tribunales han impuesto el emplazamiento a la Administración para la construcción de obras públicas, la apuntada jurisprudencia del tribunal revela el fundamento que justificaría la negación —como principio— de cualquier poder de sustitución de la sentencia que invalide un acto de contenido discrecional cual es el considerar que, en estos casos, la función judicial se reduce a una mera «revisión» de lo actuado por la Administración⁽³³⁷⁾. Como es sabido, el llamado carácter «revisor» de la jurisdicción contencioso-administrativa no solo se basa en una traspolación anacrónica del viejo sistema contencioso-administrativo francés⁽³³⁸⁾ —inaplicable, por tanto, en nuestro sistema constitucional— sino que, además, en la actualidad ha sido prácticamente abandonado en el Derecho comparado en donde se reconoce que el proceso administrativo —cualquiera que sea la pretensión esgrimida— es un proceso «plenario»⁽³³⁹⁾. De esta forma, eliminado el apuntado carácter «revisor», nada existiría en la estructura del proceso administrativo moderno para negar algún poder de sustitución al tribunal, tal como lo han afirmado FERNÁNDEZ⁽³⁴⁰⁾ en España y CASSAGNE⁽³⁴¹⁾ en Argentina.

(336) Conf. *in re* «El Panamericano S.A.C.I. y F.», Fallos 304: 721.

(337) Principio señalado por la Corte Suprema *in re* «Dos Arroyos SCA», Fallos 316: 2044.

(338) Ver, así, SIMÓN PADRÓS, Ramiro, «El carácter revisor y el denominado principio de congruencia en el proceso contencioso-administrativo», *Revista de Derecho Administrativo* núm. 19/20, Depalma, Bs. As., 1995, pág. 497 y ss.

(339) Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, 2ª edición ampliada, Civitas, Madrid, 1989, pág. 60 y ss.; *idem* FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 297 y ss.

(340) FERNÁNDEZ, *op. cit.*; pág. 102 y ss.

(341) CASSAGNE, *op. cit.*; pág. 213.

Por otra parte, admitido que la tutela judicial efectiva exige la adecuada protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos, la sentencia no puede limitarse, exclusivamente, a la mera anulación cuando dicha tutela exija la adopción de medidas que garanticen su real vigencia⁽³⁴²⁾. Así, por ejemplo, la Corte Suprema argentina ha condenado a la Administración a la construcción de obras públicas para garantizar la tutela ambiental⁽³⁴³⁾ y la seguridad de las presas⁽³⁴⁴⁾ y, la jurisprudencia de los Tribunales federales inferiores han hecho lo propio respecto de empresas de servicios públicos ferroviarios para tutelar los derechos de acceso a tales servicios por parte de personas discapacitadas⁽³⁴⁵⁾.

Inclusive, cuando los tribunales invalidan un acto administrativo de carácter discrecional en función de su irrazonabilidad o desproporcionalidad, la jurisprudencia federal, superando el tradicional carácter «negativo» asignado al control de razonabilidad⁽³⁴⁶⁾, ha dispuesto la sustitución del contenido del mismo. Tal lo que ocurre, por ejemplo, en materia de graduación de multas impuestas por la Administración a agentes económicos, campo este que tradicionalmente se ha considerado propio del ejercicio de facultades discrecionales⁽³⁴⁷⁾. En tales casos —siguiendo el criterio adoptado por la Corte en el caso «Demchenko»⁽³⁴⁸⁾— cuando los tribunales han considerado que la cuantía de la multa resultaba desproporcionada o arbi-

(342) En este sentido, FERNÁNDEZ, *op. cit.*; pág. 95.

(343) Así, *in re* «Mendoza», Fallos 331:1622.

(344) Así, *in re* «Rozniatowski, Rosa Cristina c/ Estado Nacional - Secretaría de Energía de la Nación s/ amparo», fallo del 03/03/2009.

(345) Así, CNFed. Cont. Adm, Sala II, 27/09/2007, *in re* «Defensor del Pueblo de la Nación c/ Ferrovías SAC y otro s/ amparo ley 16.986».

(346) En este sentido, asignándole carácter «negativo» al control de razonabilidad, BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 148; *idem* CORVALÁN, Juan Gustavo, «Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa», *Revista La Ley* 2008-C- 1159, en especial, pág. 1160.

(347) Así, CNFed. Cont. Adm, Sala II, 03/12/2009, «Centro de Carniceros y Mataderos de Azul S.A.»; Sala III, 29/04/2008, «Telecom Argentina S.A. v. CNC»; *idem* 07/08/2009, «América TV v. COMFER»; *idem* 25/02/2008, «Serra, Jorge E. y otro v. Superintendencia de Seguros de la Nación»; Sala V, 11/05/2010, «Guiar S.A. y otros v. BCRA», *idem* 26/09/2006, «Travaglia, José y otros v. BCRA», entre muchos otros. Sobre esta cuestión, *vid.* VILLARUEL, María Susana, «El control judicial de las sanciones administrativas. Su modificación por el órgano judicial», en *Derecho Administrativo Austral*, núm. 1, Bs. As., 2008, pág. 109 y ss.

(348) Fallos 321: 3103.

traría, directamente han procedido a fijar judicialmente la graduación que se entendió razonable y proporcionada a la infracción cometida⁽³⁴⁹⁾.

Ahora bien, no puede escapársenos que —especialmente en la materia que consideramos, donde las decisiones administrativas suponen la asignación o distribución de recursos escasos con la capacidad de afectar a múltiples sujetos y sectores— la posibilidad que los jueces sustituyan el contenido de esta clase de actos debe reconocer —como lo ha señalado la jurisprudencia federal— un basamento normativo que establezca un mandato o una prohibición, es decir, la pre-existencia de un deber jurídico impuesto a la Administración, que, distintamente a la facultad, la constriña a un comportamiento determinado, sea positivo (un hacer) o negativo (una abstención), puesto que de lo contrario —más allá de que se sostenga que hay o no discrecionalidad— lo que aparecería ausente es el derecho de litigante a obtener el comportamiento requerido⁽³⁵⁰⁾. Sobre estas bases, por ejemplo, se ha juzgado inviable que una sentencia condene al regulador a otorgar un determinado destino a los fondos recaudados por una prestadora de servicios públicos en exceso de los límites tarifarios autorizados⁽³⁵¹⁾.

Así, la viabilidad jurídica de una verdadera sustitución de la decisión administrativa dependerá —como se lo ha dicho— de la mayor o menor «densidad jurídica» que condicione al obrar administrativo⁽³⁵²⁾. Desde otra

perspectiva, se ha sostenido que el ordenamiento debe brindar «puntos de anclaje» para poder completar los supuestos de hecho y habilitar, así, al juez a que efectúe un control «positivo» y ya no el tradicional control «negativo»⁽³⁵³⁾. Tal lo que ocurrió, por ejemplo, en los casos de sustitución aquí mencionados o en aquellos que tuvieron lugar por aplicación de los principios generales del Derecho y a los que nos hemos referido en otra parte de este trabajo. En todos esos casos, si bien no había una norma positiva que de modo expreso impusiera un determinado comportamiento a la Administración, del bloque de legalidad que enmarcaba al obrar estatal se desprendía —por vía de integración jurídica— que tal deber de actuación sí existía. En tales casos, el tribunal no tuvo más que integrar la aparente «laguna» normativa para develar cuál era la única solución justa aplicable al caso. Es que, como bien lo ha señalado CASSAGNE, hoy resulta insostenible pretender el mantenimiento del dogma de la «plenitud del ordenamiento normativo» tal como fue propugnado por el positivismo jurídico, razón por la cual el eje de la cuestión pasa por los mecanismos que hacen a la interpretación y creación del Derecho cuando la ley positiva es incapaz de cubrir los vacíos normativos con todas las posibilidades interpretativas y aplicativas existentes⁽³⁵⁴⁾.

Como bien se lo ha dicho, a este respecto no hay respuesta única y el tema no está concluido⁽³⁵⁵⁾, pero tenemos la firme convicción de que en la delimitación de esta frontera se encuentra la clave de la vigencia del Sistema Republicano y del Estado de Derecho.

(349) Así, por ejemplo, CNFed. Cont. Adm, Sala III, 29/04/2008, «Telecom Argentina S.A. v. CNC»; *idem* 26/02/2010, «Telecom Argentina S.A. c/ DNCI-DISP. 47/09 (Expte. S01:234831/05)»; Sala V, 04/05/2010, «OSDE v. DNCI-Disp. 237/09». En contra, devolviendo las actuaciones a la Administración para que esta efectúe la nueva graduación, Sala V, 20/05/2008, «Villanueva Baya, Gabriel E. v. Resolución 32055/2007 — Superintendencia de Seguros de la Nación» y 04/08/2010, «Volkswagen Argentina S.A. v DNCI — Disp. 317/08 (Expte. S01:205712/08)».

(350) Así, CNFed. Cont. Adm, Sala III, 07/02/2008; «Unión de usuarios y consumidores c/ EN - PEN - DTO 847-999 y otro s/ proceso de conocimiento».

(351) Ver fallo citado en nota anterior.

(352) BELTRÁN DE FELIPE, *op. cit.*; pág. 110 y ss. A fin de facilitar el control judicial en materia tarifaria, ARIÑO ha sostenido que «hay que definir, también, con precisión los parámetros, índices y elementos de medición (fórmulas matemáticas incluidas) que permitan una valoración exacta de aquellos conceptos, de modo que las decisiones del regulador vengan enmarcadas en parámetros bien definidos. De esta forma, la tarifa no se fija. Simplemente se calcula. En tales condiciones, el control judicial sería posible y el sistema ofrecería credibilidad y seguridad a los inversores», ARIÑO ORTIZ, «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *op. cit.*, pág. 33.

(353) Así, CORVALÁN, *op. cit.*; pág. 1167.

(354) CASSAGNE, *op. cit.*; pág. 215.

(355) Así, COVIELLO, Pedro J. J.; «El poder de sustitución del juez» en AAVV, *Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, Ediciones RAP, Bs. As., 2010, pág. 671.