

EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Dr. Juan Francisco Palacios Ibarra

I NOCIONES PREUMINARES

El Art. 196 de la actual Constitución Política, dispone que todo acto de una autoridad de las otras funciones del Estado, podrá ser impugnado ante los correspondientes órganos de la Función Judicial. Esta norma constitucional, junto con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el Art. 24, numeral 17 de la Carta Política, constituyen una garantía para los administrados frente a las actuaciones de los órganos del Estado. Sin embargo, existen normas, como la del Art. 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa que mantienen disposiciones que limitan el ejercicio de esta garantía constitucional, al excluir del control judicial los actos de la Administración Pública, dictados en ejercicio de las facultades denominadas *discrecionales*.

La doctrina más tradicional ha coincidido en afirmar que, siendo el contencioso administrativo un procedimiento de control de la legalidad de los actos de los órganos administrativos, no es acertado someter a este control las decisiones que tomen los funcionarios públicos, que enmarcadas en la Ley, tengan un margen de discrecionalidad que permita a la autoridad decidir entre dos o más alternativas igualmente justas, en miras del interés público, cuando la ley les otorga esta libertad parcial.

Ahora bien, una adecuada tarea de control o fiscalización de la actividad de la Administración Pública por parte del juez contencioso administrativo implica que éste analice cada caso concreto, para determinar si el órgano autor del acto se encuentra realmente frente a un acto dictado en ejercicio de una potestad discrecional típica, es decir, si tiene la libertad de elegir entre dos o más posibilidades igualmente justas y, si además cumple con los elementos reglados del acto- como veremos, todo acto discrecional tiene elementos reglados-,\ si su actuación respeta los principios de razonabilidad, buena fe, y, si el objeto del acto es adecuado al fin querido, expresa o tácitamente, por la norma que otorga la potestad al funcionario. En último caso, el juez deberá igualmente verificar si el acto está limitado dentro de los prin-

ceptos generales del derecho, que son igualmente fuente del derecho administrativo.

Finalmente debemos señalar que la Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa, no impide al juez contencioso - administrativo, controlar las potestades discrecionales de la Administración Pública, mediante las técnicas que abordaremos en este trabajo. y es que ante las limitaciones de la Ley, corresponde a la jurisprudencia ir avanzando paulatinamente hacia la plena realización del derecho y su adecuación a los principios consagrados en la nueva Constitución, pues la jurisprudencia no pueda quedarse anclada en nociones que respondieron a un momento histórico de la evolución del Derecho Administrativo, que hoy se encuentran superadas.

Las creaciones más originales e innovadoras en el Derecho Administrativo, como el recurso por exceso de poder del Consejo de Estado francés, fueron creaciones jurisprudenciales, que se abrieron camino precisamente ante normas estrechas, que favorecían la arbitrariedad y el abuso de los funcionarios públicos.

En el presente trabajo se analizan algunas técnicas, que podrían abrir el camino al control judicial de la discrecionalidad administrativa, tema de importancia y que sin embargo ha sido poco desarrollado por la jurisprudencia en el Ecuador.' El profesor argentino Juan Carlos Cassagne, al abordar el tema del control judicial de los actos discrecionales advierte lo siguiente:

"Y en un verdadero Estado de justicia los jueces no pueden abdicar su potestad para controlar con eficacia el ejercicio de los poderes discrecionales de la Administración ya que la independencia del poder judicial es precisamente la que garantiza que los órganos administrativos no utilicen aquellos poderes en perjuicio de los particulares y de los intereses públicos."¹

11

ACTIVIDAD DISCRECIONAL Y ACTIVIDAD REGLADA

2.1. Actividad reglada.- Las potestades de los órganos estatales están previstas en la ley. Dentro de un Estado de derecho el poder, en

CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Sta. Edición actualizada, Edil. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pago 124.

términos generales, nace de la norma jurídica y es ésta la que lo limita, por tanto el ejercicio de las potestades estatales debe estar previamente determinado en una disposición legal (Constitución: Art. 119). Sólo las actuaciones cuyo sustento está en el ordenamiento legal, gozan de las garantías que tiene la actividad administrativa del Estado. Cuando esto no se cumple, se abre la posibilidad de impugnar tales actuaciones.

Generalmente, la norma legal establece la competencia, es decir, la medida de la potestad del órgano, el procedimiento que debe seguir para ejercer tal potestad, la forma de este ejercicio e incluso el objeto de su actividad. Cuando el precepto señala "agotadoramente"² - en palabras del profesor García de Enterría - estas condiciones del ejercicio de la potestad administrativa de los órganos del Estado, nos encontramos frente a las potestades o actividades regladas.

En tales circunstancias, podemos decir, que el legislador se ha reservado para sí, la determinación del quién, del cómo y del cuándo, debe realizarse la actuación del órgano administrativo, sin que este último tenga ninguna libertad para agregar, bajo su criterio, alguna de las condiciones necesarias para su actuación. En definitiva, el órgano administrativo está sujeto invariablemente a la norma legal, sin que esto implique que estemos frente a una actividad automática del funcionario, pues de alguna manera, siempre la aplicación del derecho implica un ejercicio de interpretación.

Un claro ejemplo en nuestra legislación de una potestad reglada de los funcionarios públicos, la encontramos en los artículos 109 Y 110 de la Ley de Contratación Pública, en los cuales se establece la competencia de un órgano, la forma que debe tener su actuación (resolución), el procedimiento que debe seguir, en qué circunstancias o supuestos fácticos debe ejercer su potestad y el objeto y alcance de la misma.

² ••... la Ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos los términos y consecuencias (por ejemplo: jubilación por edad de los funcionarios, ascenso por antigüedad, liquidación de un tributo-aplicación de una cuota establecida por la Ley a una base fijada sobre un hecho imponible determinado-, etc.);" GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Octava Edición, Editorial Ovitás, Madrid, 1998, pago 444.

2.2 La potestad discrecional.- Podemos encontramos, sin embargo, frente a casos en que la ley no señala *agotadoramente* las condiciones del ejercicio de la potestad administrativa, sino que deja en libertad al sujeto del orden jurídico u órgano investido de poder³, para completar la condición de su ejercicio. Esta libertad concedida por la norma al funcionario público puede versar sobre la forma de su actuación, sobre la circunstancia o supuestos fácticos ante los cuales debe actuar o sobre el objeto mismo de su actuación.

Es necesario resaltar que siempre el objetivo del ejercicio de la actividad estatal será el interés público o el bien común, pero dentro de este marco general, pueden preverse aspectos ante los cuales el órgano debe decidir en forma subjetiva, las formas, circunstancias o contenidos de su actuación. El órgano debe analizar en que casos es procedente completar el cuadro legal de la potestad otorgada por la ley. Esto no implica que el órgano actúe al margen del ordenamiento jurídico, pues es la propia norma la que le concede una determinada *libertad parcial*, para su obrar.

Así mismo cabe agregar, que la ley sólo puede dejar para decisión del Órgano de la Administración alguno o algunos de los elementos o condiciones del ejercicio de la potestad, no todos, pues de lo contrario estaríamos frente a una actuación contraria al principio de reserva legal o de límite positivo de la competencia, consagrado en el Art.119 de la Constitución de nuestro País.⁴

La doctrina enseña que son cuatro los elementos que dentro de ejercicio de una potestad pública, nunca puede dejar de ser reglados: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia del órgano administrativo y el fin de la actuación del órgano de la Administración, que como dijimos, siempre debe confluir directa o indirectamente al interés público. Elementos como el objeto y la causa o supuesto de hecho, que determinan la actuación, pueden ser dejados al agente, para que subjetivamente los complete. En definitiva, el funcio-

³ Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho; Editorial Universitaria de Buenos Aires, Vigésimo octava edición, 1994.

⁴ "Art. 119.- Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos, no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común".

nario. de la Administración tiene la libertad -no arbitrariedad- de decidir cuánto y cuando no debe actuar y si lo hace, qué medidas debe tomar.⁵

Ahora bien, es necesario aclarar que existe casos en los que el legislador no ha querido dar una potestad discrecional a un órgano administrativo, sino que, ha utilizado al momento de dictar una norma, *conceptos jurídicos indeterminados*, es decir, expresiones que para realizarse requieren de un análisis concreto en el caso examinado, puesto que la realidad no admite una determinación más precisa. Sin embargo, la calificación de la realidad puesta a examen al órgano no permite más que una solución.⁶ Un ejemplo de este tipo de expresiones lo encontramos en el apartado tercero del Art. 29 de la Ley de Contratación Pública, que al referirse a la adjudicación señala que, en todos los casos, el Comité adjudicará el contrato al proponente que hubiere presentado la oferta *más conveniente* a los intereses nacionales e institucionales. Cuando el legislador dice la oferta *más conveniente*, no está dejando en libertad al órgano para que con una calificación subjetiva adopte una decisión de entre varias opciones posibles y legítimas, pues en este caso, no puede haber más de una oferta *más conveniente* a los intereses nacionales e institucionales. Otra cosa sería, que se permita al órgano decidir la adjudicación de entre las ofertas más convenientes (posibles y legítimas) a los intereses nacionales e institucionales. En este último caso sí, estamos frente a la potestad discrecional típica.

García de Enterría¹⁰ explica de la siguiente manera:

"La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterio extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no

5 GORDILLO, Agustín: "El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de la circunstancia ante las cuales dictará el veto, sea del acto que dictará ante una circunstancia", Tratado de Derecho Administrativo, Segunda Edición, Tomo 1, Ediciones MACHI, Buenos Aires, 1994.

6 GARCA DE ENTERRIA Eduardo, Op. cit. pags. 448 Y ss.

obstante su imprecisión de límites con la intención de agotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejerce una potestad discrecional".

Nuestra jurisprudencia no ha reconocido esta diferencia y por el contrario, en materia de contratación pública, ha sido reiterativa en señalar que el acto de adjudicación es un acto discrecional y lo ha excluido del control judicial.

Otros autores como el profesor argentino Juan Carlos Cassagne, ha recogido también la noción de los conceptos jurídicos indeterminados, refiriéndose a ellos como un mecanismo de limitación de la discrecionalidad, advirtiendo sin embargo, que es un tema que se presta a muchas confusiones. En forma expresa, Cassagne cita como ejemplo de un concepto jurídico indeterminado, el de "la oferta más conveniente".

En nuestra legislación, la norma del artículo 7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,⁸ señala algunos ámbitos de actuación de la Administración Pública, cuya naturaleza corresponde a la potestad discrecional. Sin embargo, esta disposición resulta poco coherente dentro del ámbito de dicha Ley, pues parece ser que la intención del legislador era ejemplificar el concepto de potestad discrecional, pues no de otro modo se explica que una disposición tan general, que debería formar parte de una ley general de procedimientos administrativos o de régimen jurídico de la administración, se encuentre en la Ley que regula el procedimientos contencioso administrativo.

De otra parte, la calificación de la naturaleza reglada o discrecional debe resultar del análisis de las normas que otorgan en sí

⁷ Op. Cit. pago 450.

⁸ "Art. 7.- Corresponde especialmente a la potestad discrecional: a) Las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales actuaciones. b) Las resoluciones sobre concesiones que se solicitaren de la administración, salvo las que versaren sobre concesiones regladas por la ley. c) Las decisiones que nieguen o regulen gratificaciones o emolumentos no prefijados por una ley o reglamento, a los funcionarios públicos que presten servicios especiales."

mismas una potestad, en tanto que esta norma se refiere de manera general, a ciertas materias que *deberían* considerarse como típicamente discrecionales, sin que, a nuestro criterio, permitan en forma terminante determinar o no tal calidad, pues insistimos, no es la materia sobre las que versen ciertos actos la que determina su naturaleza, sino sus características, sin que sea necesario que la ley advierta expresamente cuando nos hallamos frente a un acto originado en una potestad discrecional o reglada.

111

LIMITES y CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

3.1. Nociones Generales.- Como parte integrante del concepto de estado de derecho, está el del control del poder. Toda sociedad ha establecido alguna forma de control de la actuación de los órganos que ejercen el poder y aunque formalmente no se lo haga, la propia sociedad desarrolla casi naturalmente algún mecanismo de control de sus gobernantes. El control es por tanto, la fiscalización de la actividad de los gobernantes, entendiéndose por tales, a cualquier órgano que ejerza potestades de decisión o mando.

La doctrina ha sido unánime en clasificar al control en político, judicial y social. El primero de ellos de carácter subjetivo, pues fiscaliza la oportunidad y legitimidad de las actuaciones de los gobernantes, más que la legalidad de sus actos. Este control por lo general, está en manos de la función legislativa, sea congreso o parlamento. El control judicial, que es un control de la legalidad de las actuaciones de los órganos de poder y que está a cargo del poder judicial o de una corte especializada, vinculada a la propia Administración, como ocurre en Francia con el Consejo de Estado. Este control es objetivo, pues se limita a contrarrestar la norma jurídica con la actuación del funcionario, dejando de lado cualquier elemento subjetivo; y, finalmente, el control social que se ejerce a través de los medios de comunicación, o de mecanismos institucionales como la consulta popular, prevista en nuestra Constitución en el Art. 103 o la revocatoria del mandato, contemplada en el Art. 109 de la Carta Fundamental.

Adicionalmente se habla otra forma de control, denominada control administrativo financiero, que está a cargo de las denominadas *entidades de fiscalización superior* como las contralorías o tribunales de cuentas.

El control garantiza el equilibrio de poderes y evita la arbitrariedad y el abuso al que pueden llegar los funcionarios investidos de poder.

Es necesario aclarar que los términos limitaciones y control no son sinónimos. Cuando más clara se hace esta diferencia es cuando abordamos la naturaleza del control judicial. El juez no establece "formalmente" límites, sino que actúa contrastando la actuación con la norma, esta sí, límite del ejercicio estatal.⁹

La doctrina administrativa más actual busca establecer mayores mecanismos de control de las actuaciones públicas, limitando cualquier tipo de sustracción a dicho control. Esta evolución ha sido permanente en el Derecho Administrativo, así en Francia, país en donde nació el proceso contencioso administrativo, el recurso por exceso de poder, fue extendiéndose de ser un recurso excepcional que controlaba la competencia de los órganos para dictar sus actos, a ser hoy en día recurso ordinario de amplia accesibilidad, que abarca incluso algunos aspectos que tradicionalmente estaban fuera del ámbito de control del Consejo de Estado, reduciendo de esta manera las actuaciones que no podían ser objeto del control judicial.

Es importante destacar que un control oportuno e integral de la Administración pública, no ha reducido la capacidad de gestión de los funcionarios, ni ha evitado que estos cumplan con sus funciones. Antes bien, se ha podido notar paulatinamente, que las resoluciones son mejores motivadas y existe mayor prolijidad en sus textos. Un fenómeno similar ha ocurrido en nuestro país, desde la incorporación en la Constitución, de la acción de amparo en enero de 1996. Aunque el cambio no es inmediato, poco a poco se observa mayor cuidado y apego a la norma legal, por parte de los funcionarios públicos, para que sus actuaciones se ciñan más a los principios que rigen la actividad estatal y se cumplan con las garantías constitucionales de las personas.

Esta evolución del derecho Administrativo, se refleja por ejemplo en la Exposición de Motivos de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España de 1998, que justifica la ampliación de la cobertura de las potestades de control, en los si-

9 ARAGON, Manuel, Constitución y Control del Poder, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pago 84.

güentes términos:

"El segundo término, es evidente que a la altura de nuestro tiempo histórico el ámbito material de la jurisdicción quedaría muy incompleto si aquella se limitara a enjuiciar las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones de rango inferior a la Ley y con los actos y contratos administrativos en sentido estricto. Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso - Administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde."

Actualmente muchas legislaciones han optado por dar mayores libertades de actuación a los órganos de la Administración para que cumplan sus funciones y fines y de esta manera legitimen con resultados concretos, la existencia misma del Estado. Pero paralelamente a este alejamiento de una legislación reglamentaria y formalista, existe una tendencia a otorgar mayores garantías a los administrados y establecer mecanismos de control efectivo del ejercicio de las funciones públicas.

Una muestra del primer aspecto, es la norma del Art. 18 del Reglamento a la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, que dispone que los funcionarios públicos deben ejercer todas las acciones que consideren necesarias para lograr el cumplimiento de los fines de la entidad y organismos que dirigen.

Una muestra de lo segundo, es sin duda la acción de amparo constitucional, que desde la Constitución de 1998 abarca incluso las actuaciones de los concesionarios de servicios públicos y de los particulares que afecten un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

IV

EL CONTROL DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES

La Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa, en el literal a) de su Artículo 6, señala que no corresponden al ámbito de la jurisdicción contencioso - administrativa, las cuestiones que, por la natu-

raleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional.

La doctrina más tradicional coincidió en afirmar que los actos provenientes de las facultades discrecionales no debían ser objeto de control de legalidad por parte de la jurisdicción contencioso - administrativa. Pero esta posición, ampliamente criticada, entró en crisis, llegándose en la actualidad a afirmar que, considerar que un acto de la Administración sea irreversible, es un planteamiento absurdo.¹⁰ De un lado, como antes señalamos, ningún acto es completamente discrecional o completamente reglado, ya que todo acto por más reglado que sea, tiene un margen de discrecional, pues los funcionarios no son máquinas. El funcionario debe cotejar una norma y un hecho y actuar de conformidad con la regla impuesta. Siempre existe un ejercicio de interpretación y de calificación fáctica cuando el órgano de la Administración Pública aplica un precepto legal.

Por otro lado, la jurisprudencia más autorizada ha establecido una serie de mecanismos para evadir los escudos que ponía la Administración a sus actuaciones. Estos mecanismos se basan en conceptos y principios del Derecho Administrativo que han ido consolidándose para constituirse en mecanismos de control de la discrecionalidad y que han servido al juez contencioso administrativo para conocer y juzgar la legitimidad de los actos administrativos.

Estos límites son los siguientes:

- a) Los conceptos jurídicos indeterminados;
- b) La desviación de poder;
- c) El principio de razonabilidad;
- d) El principio de buena fe; y,
- e) El control de los elementos reglados;

El primero de ellos ya fue analizado al estudiar las potestades discrecionales, pasemos a analizar brevemente los cuatro restantes.

10 Cordillo, Op. Cit., pago VIII-31.

4.1. La desviación de poder.-

García de Enterría, señala en su obra,¹¹ que la desviación de poder es un vicio de estricta legalidad. Con esto se deja sentado en primer lugar, que la calificación de este vicio se basa en la constatación de que toda actuación administrativa está, por mandato legal, encaminada a un determinado fin, que en sus más amplia extensión, debe confluir en la consecución del bien común, conforme lo ordena el mandato constitucional contenido en el Art. 119, de nuestra Carta Fundamental.

Debemos agregar además, que el fin del acto no siempre esta señalado en forma expresa, sino que puede ser determinado mediante la contextualización de la norma, las funciones generales del órgano, etc., es decir, puede estar expresado tácitamente, sin que ello implique que no lo esté.:

Cuando la actividad de la Administración Pública se aparta de los fines establecidos expresa o tácitamente, nos hallamos frente al vicio de desviación de poder.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa española del año 1956, traía un concepto de desviación de poder, en los siguientes términos:

"Constituye desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico" .¹²

En definitiva, el desvío de poder se presenta cuando existe divergencia entre lo querido por la norma como finalidad de la potestad administrativa y el fin buscado por el órgano que dictó el acto. Este vicio produce la nulidad del acto administrativo.

Ejemplos de este vicio los encontramos cuando un órgano establece multas contra funcionarios para recaudar fondos para la entidad, o cuando las sanciones a un funcionario se producen por venganzas personales (Fallo No. 3705, Tribunal Contencioso Administrativo No. 1,

¹¹ Op. Cil. pago 459.

¹² Arl. §3.

13/N /99), etc. De lo que se concluye, contrariamente a lo que han señalado otros autores como Agustín Gordillo, que no importa el elemento subjetivo que motivó el acto (venganza, beneficio personal, retaliación, proselitismo político, etc.) sino que basta que el fin real no sea adecuado al fin deseado por la norma, para que se produzca el vicio.

Este planteamiento, permite que la prueba - que de por sí resulta complicada en este tipo de casos- puede ser analizada más objetivamente, exonerando al afectado de la obligación de probar la intención del funcionario que ha actuado buscando un fin distinto al previsto en la norma.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo, de la Función Ejecutiva, contempla un caso de desvío de poder, cuando señala que no podrán ser convalidados y en consecuencia se consideran nulos de pleno derecho, los actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular, en contradicción con los fines declarados por el mismo acto (Art. 94).

Los actos discrecionales que se aparten del fin buscado por la norma, deberían ser objeto de control judicial.

4.2. El principio de razonabilidad.-

El principio de razonabilidad tiene relación con la necesidad que todo acto emitido por la Administración pública tenga causa y motivación. Este último aspecto está previsto en la norma del Art. 31 de la Ley de Modernización que exige que todo acto emanado de los órganos del Estado, deberán ser motivados, señalando los presupuestos fácticos y la razones jurídicas que han determinado la decisión de órgano.

Por su parte la Constitución de 1998, en el numeral 13 del Art. 24 señala textualmente:

"Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas y principios en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho".

En este texto encontramos muy claramente desarrollado el concepto de motivación, que, en palabras del profesor Agustín Gordillo, implica

"no haberse dicho, o haberse dicho mal, los hechos y derechos que se cree sustentan el acto".¹³ Es decir, la motivación es un requisito formal, pero no por ello menos importante, pues como vimos, incluso tiene rango constitucional. Al respecto, la parte final del segundo apartado del literal c) del Art. 94 del Estatuto de la Función Ejecutiva, señala que no serán convalidables los actos que no se encuentren debidamente motivados,¹⁴

La causa también llamada motivo por algunos autores, es la circunstancia fáctica o de derecho que sustenta o sirve de fundamento al órgano para dictar el acto administrativo. Este vicio, de conformidad con la primera parte del literal e) del Art. 94 del Estatuto mencionado, tampoco es convalidable y por tanto produce nulidad de pleno derecho.¹⁵

Los actos administrativos deben tener un objeto cierto, física y jurídicamente posible. Este es un elemento esencial para la validez del acto. El objeto del acto debe ajustarse al derecho positivo, así como a los principios generales del derecho. En consecuencia, aún tratándose de un acto discrecional, este sería impugnabile cuando contraviene alguna norma expresa o cuando ha sido dictado ante una circunstancia no prevista por la ley o cuando su contenido es ilícito.¹⁶

Ahora bien, tanto el motivo como la motivación deben ser adecuados y proporcionales al fin perseguido por la ley, si esto no ocurre se transgrede el principio de razonabilidad.

13 Op. Cit., pago VIII-35.

14 La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España, se refiere a la motivación en su Art. 54, indicando que "es la sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho".

15 La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica en el numeral 1 del Artículo 133, textualmente señala: "El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto".

16 Enrique Sayagilez Laso, considera que el objeto está comprendido dentro del contenido: "Parte de la doctrina estudia el objeto del acto administrativo como un elemento con individualidad propia, afirmando que debe ser cierto, determinado y lícito. Sin perjuicio de compartir esa opinión en cuanto establece tales características del objeto del acto, parece más acertado considerar que ese elemento está comprendido dentro del contenido." Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Montevideo, 1986, Pág.444.

4.3. El principio de buena fe.-

Este principio está íntimamente vinculado a la garantía del debido proceso, consagrada en el Art. 24 del Constitución. Podríamos decir incluso, que se encuentra inmerso en cada uno de los numerales de la norma mencionada. Debemos aclarar que la garantía del debido proceso, no se restringe al ámbito penal, sino que sus principios son igualmente válidos e invocables cuando se trata de la llamada vía gubernativa.

Cuando la Administración Pública utiliza o actúa con artulugios, o en general mediante "artimañas" y obstáculos que llevan al administrado a incurrir en error, a coartar sus garantías frente a los órganos del Estado, nos encontramos frente a acto ilegítimos por mala fe.

4.4. El Control de los elementos reglados.-

En la exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España, se señala lo siguiente:

"En lo que se refiere a estos últimos¹⁷, la Ley recuerda la naturaleza de control en Derecho que tiene el recurso contencioso - administrativo y de ahí que precise que no pueden los Jueces y Tribunales determinar el contenido discrecional de los actos que anulen. Como es lógico, esta regla no pretende coartar en absoluto la potestad de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al Derecho, es decir mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad".

Ya vimos que todo acto administrativo tiene elementos reglados de los cuales jamás puede prescindir, pues su ausencia invalida el acto. El control de estos elementos no puede escapar de la jurisdicción contencioso - administrativa, por lo que, no responde a la justicia y al principio de tutela judicial efectiva, actualmente consagrado en nuestra Constitución, que el juez contencioso, con la sola verificación de la naturaleza reglada o discrecional de un acto, descarte la anulación de

⁷ El texto hace referencia los actos discrecionales.

aquellos actos que siendo aparentemente discrecionales, no cumplen con los requisitos que todo acto de la naturaleza que fuere, debe cumplir.

Se impone resaltar este aspecto a la luz de la Constitución, pues creemos que la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, requiere de una revisión que le permita estar más acorde con la normas constituciones y especialmente a la establecida en el Art. 196 al que nos referimos a inicio de este trabajo. Esto conlleva que, sea mediante una reforma legislativa o mediante el avance y unificación de la jurisprudencia, se eliminen los escudos de la Administración Pública frente al control judicial. Una de las técnicas al alcance del juez contencioso administrativo es la del control de los elementos reglados.

El primer elemento de todo acto es la competencia del órgano que lo dicta, es decir la potestad en sí para dictarlo. Por ejemplo el literal i) del Art. 28 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, faculta a los gobernadores a designar a los intendentes de policía, jefes políticos, comisarios y tenientes políticos.

El segundo elemento es la forma, que generalmente también es reglada, así, el Art. 110 de la Ley de Contratación Pública, establece que la terminación unilateral de un contrato se hará mediante resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante.

Algunas leyes de procedimientos administrativos como la venezolana (Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, 1981), exigen una serie de requisitos que van desde el nombre del Ministerio u organismo a que pertenece el órgano que emite el acto, el lugar y la fecha en donde se lo dictó el acto, la decisión respectiva y hasta el sello de la oficina.

El tercer elemento es el procedimiento. Aunque no todos, un gran número de actos requieren de un procedimiento previo. El caso más claro es el procedimiento previo a la adjudicación de un contrato, previsto en la Ley de Contratación Pública. Sería inconcebible que el juez contencioso, con el pretexto de encontrarse frente a un acto discrecional, no anule un acto que contenga una adjudicación de una licitación, que no cuente con el informe previo de la Comisión Técnica (Art. 27 Ley de Contratación Pública).

V CONCLUSIONES

1. Cuando el legislador señala agotadoramente todos los elementos del acto administrativo, sin dejar libertad al funcionario para que aporte con una calificación subjetiva, alguno o algunos de esos elementos, nos encontramos frente a una potestad reglada de la Administración.

2. Por el contrario, cuando el legislador ha querido dejar al titular de un órgano administrativo, un margen de libertad para que, mediante una estimación subjetiva, complete el cuadro de los elementos del acto, nos encontramos frente a un acto dictado en ejercicio de una potestad discrecional.

3. La potestad discrecional no implica una actuación al margen de la Ley pues sólo por mandato legal y dentro de los límites establecidos por la norma jurídica, pueden existir actuaciones discrecionales.

4. El ejercicio de una potestad discrecional, implica que el órgano puede decidir subjetivamente, una de entre varias soluciones igualmente justas. Por el contrario, cuando la ley utiliza conceptos jurídicos indeterminados, es decir, conceptos definidos genéricamente, pues en ciertos casos el supuesto de hecho (realidad) no puede ser definido más restrictivamente, no existe potestad discrecional.

5. Si bien la doctrina tradicional, ha ido unánime en señalar que los / actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales no pueden ser objeto de control de la legalidad por parte del juez contencioso administrativo, ya que el legislador ha dejado un margen de libertad al funcionario para que este subjetivamente complete el cuadro de elementos del acto, desde mediados de este siglo se han desarrollado una serie de técnicas para evitar los escudos de la Administración frente al control de sus potestades discrecionales.

6. Estas técnicas son el control de los elementos reglados de todo acto, la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, la correspondencia de la actuación con los principios de razonabilidad, buena fe, el control del vicio de desviación de poder y finalmente, el respeto de los principios generales del derecho, como fuente del derecho administrativo.

7. Corresponde a la jurisprudencia ir adecuándose, mediante estas técnicas, a las garantías de tutela judicial efectiva consagrada en la actual Constitución.

8. Al tiempo que el Derecho Administrativo actual tiende a otorgar mayores libertades a los órganos de la Administración pública a fin de que, mediante sus actuaciones legitimen su poder, paralelamente se han ido estableciendo mayores controles judiciales en favor de los administrados. La idea de que un acto de la Administración Pública sea irreversible es hoy día descartada por la doctrina más autorizada.

Quito, agosto del 2001.