

“*Criscuolo E. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*”

2º instancia

Buenos Aires, 25 de marzo de 1997

Considerando:

I. Como con acierto lo hace notar el Fiscal de Cámara en su dictamen de fs. 56/8, el escrito de fs. 48/9 ha sido presentado fuera del plazo previsto por el Artículo 15 de la Ley Nº 16.986, de suerte que, en ejercicio de las facultades que le son propias, como juez de la apelación, esta sala revisará la concesión de dicho recurso.

A los fundamentos de dicho dictamen adherimos y remitimos *brevatis causae*.

II. A mayor abundamiento y con el único objeto de dar satisfacción a un reclamo que, pese a ser tardío, pretende llamar a la reflexión a quienes suscriben este fallo, se puntualizarán las razones que, de todos modos, lo tornan improcedente.

La quejosa no ha controvertido un principio rector en la materia, que reiteradas veces ha sustentado las decisiones del Tribunal. Es que, descartada la arbitrariedad o ilegitimidad del acto estatal (en razón del carácter precario del premiso vencido), sólo queda aquello que hace a la oportunidad, mérito o conveniencia del obrar de la Comuna, cuya revisión no es posible por parte del Poder Judicial sin una paralela o irrenunciable afectación al principio de división de poderes del Estado, sobre el que se funda la organización institucional de la Nación, toda vez que ello importaría tanto como acceder a una indebida intromisión en esferas reservadas al poder administrador.

---

## **PERMISOS DE USO DE BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO**

### **Lo atinente a la discrecionalidad en su otorgamiento, renovación y/o revocación\***

#### **I. INTRODUCCIÓN**

La precedente sentencia de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil aborda la cuestión relativa al ejercicio de “facultades discrecionales” por parte de un órgano administrativo, en una acción de amparo promovida por una persona discapacitada en razón de que la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires se opuso a la “renovación” de un permiso de uso sobre un bien del dominio público, que se encontraba destinado a la “venta en la vía pública”, después de vencido el plazo de su otorgamiento.

En rigor de verdad, los argumentos vertidos por el Tribunal lo han sido *a mayor abundamiento* de aquél que hubiera bastado para desestimar la acción de amparo promovida, ya que la sola circunstancia de la “preclusión procesal” —en razón de la

\* “Permisos de uso de bienes del dominio público. Lo atinente a la discrecionalidad en su otorgamiento, renovación y/o revocación” (Comentario al fallo “Criscuolo E. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”), Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, dirigido por Agustín Gordillo, *La Ley*, 1998-D, p. 665.

Tales facultades fueron asignadas a los poderes políticos del Estado, por ser ellos los que poseen mayor profesionalidad y experiencia en el manejo y realización de los intereses públicos (cfr. CNCivil, esta Sala, R. Nº 116.105, del 07-09-1992; id. id. R. Nº 137.069, del 22-09-1993 y citas).

La caducidad del derecho, operada como consecuencia del vencimiento del plazo por el cual se otorgó la licencia, involucra directamente el ejercicio del poder de policía comunal, quien había actuado en consecuencia, en órbita que le marcan las respectivas reglamentaciones.

Repárese en que aún la prioridad consagrada por el Artículo 11 de la Ley Nº 22.431, que el actor ni siquiera ha invocado, importa de todos modos la concesión del uso de bienes del dominio público o privado del Estado nacional o municipal, de suerte que, también por esta vía, el alcance de dicha prerrogativa se encuentra supeditado al ejercicio del poder de policía, en la especie, municipal, quien determinará en cada caso si el permiso responde al interés público que se encuentra bajo su tutela (cfr. CNCivil, Sala E, *La Ley*, 1987-B, 237, y citas).

Por tanto sí, según relata el quejoso, el permiso le fue otorgado con carácter “precario”, aún ponderando la prioridad reconocida a favor de las personas discapacitadas, en los términos de la Ley Nº 22.431, Artículo 2º, su renovación siempre se encontrará sujeta a razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sin que ello otorgue al peticionario derecho a reclamo alguno (cfr. CNCivil, esta Sala, R. Nº 137.069, del 22-09-1993 ya cit.).

Baste sólo con acotar, a mayor abundamiento, que la alegada privación del derecho a trabajar o comerciar libremente de por sí no constituye sustento suficiente para descalificar el decisorio apelado; su relatividad deriva del principio según el cual aquél como las demás garantías constitucionales están sujetas a las leyes

extemporaneidad del recurso de apelación deducido por el actor contra la sentencia de primera instancia— se cita como suficiente para ello, circunstancias, ambas, que el propio Tribunal se encarga de resaltar.

En efecto, de la propia sentencia surge que el criterio expuesto se apoya en la *doctrina de los precedentes* del propio Tribunal, por lo que puede asumirse que la argumentación tiene fuerza para el futuro<sup>1</sup> y de allí el interés que despierta.

De otro lado, el criterio que se exterioriza en el fallo se refleja en pronunciamientos recientes de otras Salas del mismo Tribunal dictados en causas semejantes, con lo cual la cuestión de la existencia de facultades discrecionales de la Administración pública y su *debido* control judicial en lo relativo —cuando menos— al otorgamiento de permisos, concesiones o licencias, es un aspecto del derecho administrativo que no parece agotarse<sup>2</sup>.

Es cierto que, en muchas ocasiones, bajo la apariencia de meros “permisos” se ocultan verdaderas “concesiones de uso” de bienes del dominio público, pero por las características del aquí examinado no parece ser ese el caso de autos.

<sup>1</sup> Acerca de la diferenciación de los conceptos de *holding* y *obiter dictum* entre los argumentos de una sentencia, nos remitimos al trabajo de Bianchi, Alberto B., “¿Ha llegado la Corte Suprema al final de su lucha por una jurisdicción discrecional? (Perspectivas actuales y futuras del Recurso Extraordinario)”; *El Derecho*, 22-05-1997 y a la obra de Cayuso, S.; Miller, J. M.; Gelli, M.A., “*Constitución y Poder Político*”, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 15, nota 6.

<sup>2</sup> La sentencia recaída en la causa “Figuerero, E. c/ Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo”; CNCiv. Sala C, 29-05-1997 (*La Ley*, 1998-B, 137). De manera semejante, puede verse del mismo Tribunal, por su Sala F, la sentencia de fecha 01-04-1997 recaída en la causa “Seery, Daniel J. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ cumplimiento de contrato” (*La Ley*, 1997-F, 4).

que reglamenten su ejercicio (cfr. Artículo 14, citado por la recurrente), por lo que este aspecto de la queja tampoco será acogido (cfr. CNCivil, esta Sala, R. N° 116.105, del 07-09-1992, ya citado).

Finalmente, es preciso remarcar que el actor tampoco demostró las agresiones de que supuestamente ha sido víctima por parte de la autoridad policial y/o municipal, con el objeto de desplazarlo de los lugares en los que solía ejercer, sin autorización, el comercio callejero.

En este contexto, inútil hubiera sido la convocatoria del quejoso a una audiencia que tuviera por objeto “conocerlo y comprobar su estado” para, luego de condolerse de su situación, denegarle el pedido impetrado. Esta actitud dista bastante del servicio asistencial que, en rigor de verdad, sería la verdadera respuesta a sus emergencias y, por cierto, escapa a las potestades propias de este Tribunal. Al margen, claro está, de ulteriores concesiones y/o permisos comunales que la demandada pudiera otorgarle eventualmente, en el marco de las facultades analizadas *supra* y que, obviamente, resultan ajenas a la presente litis.

Los mismos argumentos sirven para desoír el agravio relativo a las costas, sin perjuicio de hacer notar al recurrente que al resultar objetivamente perdidoso y no encontrarse tutelado por beneficio de litigar sin gastos –que no ha requerido oportunamente–, sólo cuadra estar a lo dispuesto por el Artículo 68, párrafo 1°, del Código Procesal.

En atención a los fundamentos vertidos precedentemente, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal de Cámara, se resuelve: declarar inadmisibile el recurso de apelación interpuesto a fs. 48/9, y firme el decisorio de fs. 47/vta. Sin costas de alzada, por no haber mediado sustanciación del recurso.

**Jorge Escuti Pozarro - Ana M. Luaces - Hugo Molteni.**

---

De cualquier manera, desde la perspectiva de la utilización de los denominados “poderes o facultades discrecionales” por parte de la Administración pública, las consideraciones que se lleven a cabo en orden al otorgamiento, renovación o revocación de un “permiso de uso” bien podrían resultar aplicables a una “concesión de uso” sobre bienes del dominio público, desde que en unas u otras las decisiones de la Administración pública deben cumplir “siempre” con el requisito esencial de la debida fundamentación, bajo pena de ser legítimas (arg. Arts. 14, 17, 18 y 28, Constitución Nacional; 7° o incs. B), e) y f); 14 inc. B), Ley N° 19.549 –ADLA, XXXIX-C, 1339–)<sup>3</sup>.

## II. EL CASO

Del relato de los hechos que lleva a cabo la sentencia surge que el actor, una persona discapacitada, que no invocó en su favor los beneficios que otorga el “Sistema de protección integran de las personas discapacitadas” instituido por la Ley N° 22.431 (en especial su Artículo 11 –ADLA, XLI-A, 230–) y que fuera modificada por su similar N° 24.308<sup>4</sup> gozaba de un “permiso precario” sobre un bien del dominio público municipal para ejercer un comercio en la vía pública.

Dicho permiso, no obstante su carácter precario, estaba “originalmente” sujeto a un plazo. El mismo se encontraba vencido y, en consecuencia de ello, la comuna demandada, previo declararlo extinguido, procedió al desalojo del espacio público

<sup>3</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Permiso Especial de Uso de Bienes del Dominio Público*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 41 y sigs.

<sup>4</sup> *Boletín Oficial* del 18-01-1994 (ADLA, LIV-A, 88).

cuyo uso especial había otorgado al actor. Frente a esto último se alzó el demandante, que consideró agraviados sus derechos a trabajar y comerciar libremente.

### III. SÍNTESIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO

Las razones que la sentencia brinda (*a mayor abundamiento*) para desestimar la “acción de amparo” promovida pueden ubicarse en su Considerando II y podrían sintetizarse del siguiente modo:

a) el carácter *precario* del permiso vencido permite descartar la *arbitrariedad o ilegitimidad del acto estatal*;

b) siendo ello así, sólo quedaría aquello que hace a la “*oportunidad, mérito o conveniencia*” del obrar administrativo;

c) como consecuencia de lo anterior, la *revisión* del ejercicio de tales facultades no es posible sin una afectación al principio de división de poderes del Estado, por implicar una “[...] indebida intromisión en esferas reservadas al poder administrador [...]”;

d) que la atribución de tales facultades a los poderes políticos se justifica por “[...] ser ellos los que poseen mayor profesionalidad y experiencia en el manejo y realización de los intereses públicos”<sup>5</sup>;

e) que “[...] la caducidad del derecho por el que se otorgó la licencia” (*sic*), involucra el ejercicio del “poder de policía” comunal; y

f) que aun cuando se invocara la “prioridad” que el referido Artículo 11 de la Ley N° 22.431 consagra, por encontrarse inmiscuidos bienes del dominio estatal (público o privado) se encuentra supeditada al ejercicio del poder de policía municipal, [...] quien determinará en cada caso si el permiso responde al interés público que se encuentra bajo su tutela”;

g) por todo ello, encontrándose *vencido* el permiso de uso que le fue otorgado con carácter *precario*, aun ponderando la mentada prioridad para las personas discapacitadas, su renovación estará sujeta a razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sin que ello otorgue al peticionario derecho a reclamo alguno.

### IV. EL OBJETO DE ESTUDIO. LA CUESTIÓN DE LA “DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA” EN EL OTORGAMIENTO DE “PERMISOS” DE USO Y SU REVISIBILIDAD JUDICIAL

Debe señalarse, en primer lugar, y siguiendo en ello al Prof. Español Luciano Parejo Alfonso, que en rigor de verdad, “[...] la expresión ‘*poder discrecional*’ es redundante, por cuanto el adjetivo duplica el sustantivo al que pretende calificar

<sup>5</sup> Análogo criterio fue empleado por la misma Sala A en la causa “Expreso Cofa S.R.L. c/ Municipalidad de Buenos Aires - Subsecretaría de Inspección General” del 07-09-1992, *La Ley*, 1993-D, p. 426.

(pues el poder discrecional tiende, por definición, a ser nudo poder, a no reconocer límites); y la evolución del derecho público, más concretamente del administrativo, se define por una situación inicial de exención del poder discrecional de todo control y una progresión ulterior en el desarrollo de éste, es decir, de la limitación (excepcionando la exención) de aquél [...]”<sup>6</sup>.

Es así que modernamente se acepta, sin mayores disensos, que la discrecionalidad administrativa importa para la Administración pública la posibilidad de adoptar de entre dos o más soluciones válidas e igualmente justas, aquélla que satisfaga en “mayor” medida en el caso “singular” y “concreto” la finalidad de interés público que la norma atributiva de competencia ha tenido en vista al asignarla (arg. Art. 7° inc. F) Ley N° 19.549)<sup>7</sup>.

Es que como cita Gordillo, “[...] las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es lo que el órgano debe hacer en el caso. Serán discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una y otra manera”<sup>8</sup>.

Tal como se ha ocupado de decirlo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ocasiones, es el propio ordenamiento jurídico el que define la actuación administrativa en todos sus aspectos (poderes reglados o de aplicación legal automática); en otras, autoriza –en el caso concreto– “[...] para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)”<sup>9</sup>.

Sin perjuicio de advertir que un pormenorizado examen de los denominados “poderes discrecionales” excede en mucho el objetivo del presente comentario, no quisimos dejar de señalar ciertas circunstancias que en ese aspecto el fallo aborda,

<sup>6</sup> Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 25.

<sup>7</sup> Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 90; García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1983, p. 48.

<sup>8</sup> Cfr. Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, Parte General, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, 4ª edición, p. X-15.

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia recaída en la causa “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos” fallado el 23-06-1992 (*Fallos*: 315:1361 –*La Ley*, 1992-E, p. 101–), donde el Alto Tribunal tuvo ocasión de dejar establecido que la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos sólo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la Administración con ese carácter, presentándose así en toda ocasión como libertad de apreciación legal, jamás extralegal o autónoma (cfr. Considerando 6° del voto mayoritario).

pues con sustento en ellas los Jueces se han negado al control jurisdiccional sobre dicho ámbito de actuación estatal. Ello así, pues utilizando el argumento de la división de poderes los Jueces se muestran renuentes, por lo general, a examinar las cuestiones atinentes al mérito, oportunidad o conveniencia tenidas en cuenta para el dictado de un acto o decisión administrativa, aun frente a lo dispuesto por el Artículo 116 de la Constitución Nacional, que difiere al conocimiento de los Jueces, la decisión sobre todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución.

No obstante, comencemos por decir que la naturaleza de las cuestiones que están involucradas, frente a una petición de un particular orientada a obtener de una Administración pública el otorgamiento de un “permiso de uso” sobre un bien del dominio público, resultaría necesaria –al menos en principio– una *decisión expresa* de la autoridad competente, no siendo concebible en este aspecto –salvo norma expresa en contrario– que por vía del *silencio administrativo* se configure una prerrogativa o privilegio administrativo en cabeza de un particular. Ello así, pues al encontrarse particularmente presente el *interés público*, es menester el asentamiento expreso y suficientemente motivado del órgano administrativo competente<sup>10</sup>.

Tal es el principio que la regla legal aplicable con carácter general establece, tanto en el orden nacional como en el de la demandada (Artículo 10, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549)<sup>11</sup>, en tanto no exista una disposición en contrario.

Como ejemplos de “silencio positivo”, en materia de concesiones y permisos pueden citarse los casos del recordado Decreto N° 1.842/1987 de “desmonopolización de servicios públicos” (*ADLA*, XLVII-D, 4297) y, más recientemente, el Decreto N° 1.470/1997 (publicado en el *Boletín Oficial* del 06-01-1998 –*ADLA*, LVIII-A, 135–) que con sustento en la facultad conferida por el Artículo 99 inciso 2° o de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional dictó para regular el otorgamiento de “permisos” para la prestación de servicios no regulares de transporte aéreo, comúnmente denominados “*charters*” (cfr. su Artículo 4°)<sup>12</sup>.

Diferente podría ser la solución si la actividad fuera de aquellas que se consideran sometidas a una *autorización* de la autoridad administrativa, en donde sí el silen-

<sup>10</sup> Así lo sostuvimos en nuestro trabajo *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Buenos Aires, Ábaco, Buenos Aires, 1992, especialmente p. 2.

<sup>11</sup> Cabe referir que la indicada Ley N° 19.549 era aplicable a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por virtud de lo dispuesto en la Ley N° 20.261 y ahora a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en razón de lo establecido por el Artículo 5° de la Ley N° 24.588 (*ADLA*, XXXIX-C, 2339; XXXIII-B, 1381; LV-E, 5921).

<sup>12</sup> Para un detenido estudio del “silencio administrativo” y los remedios que el ordenamiento jurídico proporciona al administrado contra la “morosidad administrativa” ver Creo Bay, Horacio D., *Amparo por mora de la Administración*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

cio positivo bien podría ser la regla, ya que en tal supuesto la actividad a ser desarrollada resulta ser propia de la esfera de los derechos del particular<sup>13</sup>.

Ahora bien, la sentencia que comentamos se enrola manifiestamente en el criterio según el cual la decisión de otorgar un “permiso de uso” pertenece al ámbito de la actividad discrecional de la Administración pública, motivo por el cual –añadimos nosotros– no se encuentra “obligada” a otorgarlos. Por el contrario, está facultada para apreciar si el permiso que se solicita se adecua o no al interés público, apreciación ésta que, según ya tenía resuelto la jurisprudencia, es en principio ajena a la provisión judicial<sup>14</sup>.

En sentido análogo se expiden destacados autores, sosteniendo que todo permiso de ocupación del dominio público lleva implícita la condición de ser en todo momento compatible con el *interés público* y, por consiguiente, *revocable* por la Administración pública, sin recurso alguno por parte del beneficiario. En principio, el permiso es una *tolerancia* que la Administración pública admite en interés del usuario, en ejercicio de sus poderes de policía del dominio público<sup>15</sup>.

En igual sentido, señala Marienhoff que el hecho mismo de la revocación del permiso por principio general y sin necesidad de cláusula expresa que así lo establezca, no entrañe indemnización, demuestra que no se trata de un derecho subjetivo, ya que sería inconcebible el sacrificio de un derecho sin el correlativo resarcimiento del menoscabo sufrido, pues, como también señala, la facultad o atribución emergente del permiso no constituye un derecho subjetivo ni una *propiedad* en el sentido constitucional-legal<sup>16</sup>. En análogo orden de razonamiento puede verse la opinión de Bielsa<sup>17</sup>.

Como correlato de lo anterior, señala el propio Marienhoff que no es necesaria la “reserva de revocación” a efectos de hacerla posible en cualquier momento, ni aún frente al precepto contenido en el Artículo 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549<sup>18</sup>. En cambio, Grecco y Muñoz opinan que frente a tal disposición, la mentada “reserva de revocación” opera como una cláusula excluyente de todo deber de reparación<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Para el examen acerca de las diferencias existentes entre “permisos”, “autorizaciones”, “concesiones” y “licencias” nos remitimos a los completos trabajos de los doctores Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa...*, *op. cit.* y de Grecco, Carlos M. y Muñoz, Guillermo A., *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1992, especialmente lo que se dice en p. 83 y sigs.

<sup>14</sup> Cfr. CNCiv., Sala F, 12-03-1985, “Fernández Alberto c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, *La Ley*, 1985-D, p. 82.

<sup>15</sup> Cfr. Villegas Bassavilbaso, R. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, Buenos Aires, 1952, p. 218.

<sup>16</sup> Cfr. Marienhoff, *Permiso Especial...*; *op. cit.*, p. 51.

<sup>17</sup> Cfr. Bielsa, Rafael, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, 1964, p. 505 y sigs.

<sup>18</sup> Cfr. Marienhoff, *op. cit.*, p. 48.

<sup>19</sup> Cfr. Grecco y Muñoz, *op. cit.*, p. 44.

De lo que venimos diciendo puede concluirse que el otorgamiento de un permiso de uso sobre los bienes del dominio público o privado del Estado, se encuentra íntimamente ligado al contenido de interés público de la actividad a ser desplegada por el peticionante, no bastando un simple interés administrativo en el emprendimiento sometido a su aprobación y que en razón de esa circunstancia su compatibilidad con dicho interés público, valorado objetivamente, debe ser constante.

Ahora bien, lo dicho no empece –como bien recuerda la sentencia en comentario– a que el acto de “revocación” de un permiso de uso no deba estar suficientemente motivado, quedando excluidas en este orden de ideas las decisiones arbitrarias o simplemente potestativas<sup>20</sup>.

En efecto, así como su otorgamiento debió obedecer a una expresa razón de interés general, su eventual incompatibilidad ulterior debe ser materia de concreta explicitación al tiempo en que se decida su “revocación”. La simple alegación de tal incompatibilidad no resulta suficiente para fundar el acto extintivo. Acto discrecional no es sinónimo de acto no fundado, ni mucho menos de acto arbitrario, y lo sería si no exteriorizara las razones de su dictado y su compatibilidad con el interés general.

De otra parte, la existencia de un margen de arbitrario para escoger una de entre varias soluciones igualmente justas (poder discrecional) no implica de manera alguna que a los Jueces les esté vedado el control de la efectiva verificación de las circunstancias que motivan el dictado del acto administrativo, máxime frente a una disposición como la del Artículo 7° de la Ley N° 19.549, que establece los requisitos esenciales del acto administrativo y de entre los cuales la “motivación” es la expresión concreta, la especificación en el caso, del elemento “causa” (antecedentes de hecho y de derecho) y que en ningún supuesto la ley admite que se persiga una “finalidad” (pública o privada) diferente de aquella que se tuvo en mira al tiempo de atribuir la competencia para obrar<sup>21</sup>.

No puede dejar de señalarse, como lo ha resuelto la jurisprudencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal, que para que los Jueces puedan ejercer acabadamente su rol de garantes de la vigencia de la Constitución Nacional, cuando se invocan facultades discrecionales los órganos administrativos deben satisfacer con mayor razón aún que en los actos predominantemente reglados, el imperativo de una motivación suficiente y adecuada de sus decisiones y que el obrar de la Administración pública en ejercicio de facultades discrecionales de manera alguna justifica una conducta arbitraria. Es precisamente la razonabilidad con que se ejerzan tales atribu-

<sup>20</sup> Cfr. Marienhoff, *op. cit.*, p. 43.

<sup>21</sup> Cfr. entre muchos otros pronunciamientos los siguientes: CSJN “Marra de Melincoff, Alicia L. c/ Universidad de Buenos Aires”, *La Ley*, 1984-D, p. 429; CNEspecial Civil y Com., Sala IV, 21-06-1983, “Subterráneos de Buenos Aires, Sociedad del Estado c/ Fusetti de Turro, Noemí S.”, *El Derecho*, 105-574; CFed. Rosario, Sala B, 06-10-1983, “Lapagessi, Ignacio F. c/ Universidad Nacional de Rosario”, *La Ley*, 1984-A, p. 15.



ciones lo que otorga validez a los actos estatales y obliga a los Jueces, ante planteos concretos de la parte afectada, a verificar el cumplimiento de tal exigencia<sup>22</sup>.

De manera semejante ha tenido ocasión de expedirse la Corte Suprema de Justicia de la Nación, diciendo: “[...] la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede aquí constituir un justificativo de su conducta arbitraria; puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los Jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia”<sup>23</sup>.

De otra parte, y como cita Bidart Campos, si bien los Jueces no pueden indagar si una medida es acertada, útil, conveniente o equitativa, otra cosa bien distinta “[...] es que si para saber su hay proporción razonable entre una medida y una finalidad, no basta examinar si la elegida es conducente a ese fin, porque resulta indispensable añadir que, entre varias medidas igualmente idóneas, no se haya optado por la que resulta más gravosa para los derechos”<sup>24</sup>.

Para finalizar, y en orden al referido requisito de la “razonabilidad”, deben citarse las elocuentes palabras del Prof. Linares, pues no puede en modo alguno perderse de vista que “[...] si la Constitución dispone que las normas jurídicas que se dicten en aplicación directa de aquélla deben ser razonables, dispone también que las que se dicten en aplicación de leyes razonables deben ser razonables, La Constitución impone que todas las normas sub-constitucionales deben ser razonables”<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. “Hughes Toll Company S.A. c/ Gobierno Nacional (Ministerio de Economía)”, CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, 17-09-1984; *La Ley*, 1984-D, p. 360 y sigs.

<sup>23</sup> Cfr. causa “Industria Maderera Lanin S.R.L. c/ Estado nacional y/o Ministerio de Agricultura y Ganadería y/o Dir. Gral. Parques Nacionales s/ daños y perjuicios”; del 30-06-1977; *Fallos*: 298:223 (*La Ley*, 1978-C, p. 676); Considerando 10. Dijo también allí (Considerando 5º), en lo que aquí interesa, que ante la falta de acuerdo explícito entre el particular y la Administración, ni acto administrativo encaminado a concretar el trámite no había concesión “[...] toda vez que, como lo ha dicho la Corte, nada debe tenerse por concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara (*Fallos*: 149:218)”. Igualmente, en la causa “Robles S.A. Vicente c/ Estado Nacional - Servicio de Parques Nacionales” del 30-03-1992 (*La Ley*, 1993-E, 402) resolvió: “[...] La adjudicación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas contractuales está viciada de ilegitimidad y nada debe tenerse por concedido, sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda fatal para el derecho del concesionario”.

<sup>24</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán J., “Juzgar la constitucionalidad de una medida no es juzgar su conveniencia”, *La Ley*, 1997-C, p. 683, anotando el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Irizar, José M. c/ Pcia. De Misiones” del 12-09-1996 (*La Ley*, 1997-C, p. 684).

<sup>25</sup> Linares, Juan Francisco, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958, p. 165.

## V. COLOFÓN

En el particular caso de la sentencia en comentario, como en todas las situaciones en las que el derecho administrativo se encuentra presente, dos aspectos esenciales de la vida humana se han visto enfrentados: la protección de los derechos que la Constitución Nacional preceptivamente recepta y cuyo ejercicio garantiza, y las atribuciones de poder que enmarcan y justifican la actuación estatal. La sentencia recuerda con acierto, aunque no deje de ser obvio, que ninguno de esos derechos es absoluto, ya que su ejercicio se encuentra limitado por las leyes que reglamentan su ejercicio.

Ello es así aun en la especial situación del actor, presuntamente amparado por la “prioridad” que en su favor le reconocería el Artículo 11 de la citada Ley N° 22.4361, aun cuando no la hubiera invocado en su favor.

Esto es lo verdaderamente destacable del decisorio, la circunstancia de ratificar –si es que resultaba necesario– que nadie se encuentra por encima de la ley, ni –agregamos nosotros– del sistema de valores que aquélla intenta garantizar. Bien entendido –claro está– que la proporcionalidad entre fines y medios está sometida al debido control judicial.