

ASEDIO: EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD Y SUS LÍMITES

Gustavo Linares Benzo

*Profesor de Derecho Administrativo
de la Universidad Central de Venezuela*

Todos los martes sigo viendo a Pedro Nikken. Lo tengo enfrente, en la galería de retratos de los Decanos de la Facultad que está en la Sala del Consejo. Antes lo veía en persona con frecuencia y los martes en retrato. Ahora el retrato significa mucho más que antes, recuerda a Pedro en su legado, sobre todo en sus hijos (su hija honra a la Facultad y a la Cátedra) pero también en sus amigos y en su obra, jurídica, diplomática, política, académica, profesional.

En un mundo con tantos pillos, Pedro fue un hombre de bien. Un hombre de fino criterio moral, consciente de que no todo da lo mismo, de que hay cosas buenas, cosas malas e inclusive el mal a secas (entre tantas labores humanitarias, estuvo en Ruanda en 1995, después del genocidio).

Ese criterio debe seguir guiando a quienes estamos en este mundo tan difícil.

Resumen: Si el estándar de la jurisdicción contenciosa es la protección de las posiciones subjetivas de los particulares frente a la ilegalidad de la Administración, el control de la discrecionalidad, tal como postula la mejor y más avanzada doctrina, no pasa la prueba, no cumple con el estándar. A lo más, permite al particular volver a empezar el mismo procedimiento administrativo, ahora con la autoridad de cosa juzgada de que no tiene derecho a lo que pretende realmente. Pues por definición el juez nunca podrá satisfacer su pretensión en tanto que sea producto de la sola decisión discrecional de la Administración. Para ello el juez carece de jurisdicción.

Palabras clave: *Discrecionalidad. Contencioso administrativo. Acto administrativo. Falta de jurisdicción.*

Summary: Judicial review standard, individual rights protection from government wrongdoing, is not satisfied by discretionary administrative powers controls ad use. At its best, these judicial techniques allow a new administrative proceeding, now with res judicata about government discretion. Of the essence, judicial review can't adjudicate individual rights in front a discretionary administrative power. Judges lack jurisdiction in these cases.

Key Words: Discretionary administrative powers. Judicial review. Administrative act. Lack of jurisdiction.

Recibido: 25 de junio de 2020 Aceptado: 17 de julio de 2020

SUMARIO

- I. Actos reglados y actos discrecionales
- II. Discrecionalidad, tutela judicial efectiva y sustitución de la Administración por el juez
- III. Las técnicas de control de la discrecionalidad
- IV. La “reducción de la discrecionalidad”
- V. La discrecionalidad como causa de falta de jurisdicción de los tribunales

“El razonamiento, hoy como ayer, es bien simple: Si la ley renuncia a regular la discrecionalidad y ésta consiste más bien en que la Ley se remite a la apreciación subjetiva de los agentes de la Administración, no hay modo de articular un control de legalidad de su ejercicio: sólo se podrá valorar su oportunidad, pero esto será propio de un juicio político (...); no será en ningún caso articulable en un juicio de Derecho, que es lo propio de los Tribunales contencioso administrativos.

“Tal actitud es insostenible en su elementalidad y aceptarla equivale a consagrar una verdadera patente de corso a favor de los despachos administrativos”¹

1 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid 1999, Tomo I, p. 450. En la doctrina venezolana debe citarse sobre todo TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel. Discrecionalidad Administrativa y Conceptos Jurídicos Indeterminados: ¿Nociones totalmente diversas o dos niveles dentro de una misma categoría? García de Enterría y las posiciones de la doctrina venezolana, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo (REDAV)* n. 16 y la doctrina allí citada: PEÑA SOLÍS, José: *Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999*. Volumen 1. Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2000, pp. 726-727; MOLES CAUBET, Antonio: El principio de legalidad y sus implicaciones, en *Estudios de Derecho Público* (compilación). Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1997, p. 343; ARAUJO JUÁREZ, José, *Derecho Administrativo*. Parte general. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, pp. 115-116 y 121; LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, 12º Edición (reimpresión), Facultad de Ciencias

Esta condena ya legendaria de la justificación tradicional de la discrecionalidad, debida a uno de los grandes maestros del Derecho Administrativo, releída décadas después se ve con unas reservas que merecen profundizarse. A indagar en el fenómeno de la discrecional nos dedicaremos de seguidas, con el objetivo de equilibrar una doctrina venezolana más o menos tributaria de García de Enterría, con tesis más congruentes con la posición constitucional del Ejecutivo.

I. ACTOS REGLADOS Y ACTOS DISCRECIONALES

1. Noción

La principal jurisprudencia venezolana, la muy famosa *Depositaria Judicial* abordó el tema de la regla y discreción, capital distinción de los actos administrativos.

“La clasificación del acto administrativo que opuso el “discrecional” al “reglado” fundamentándola en la libertad (máxima en el primero, mínima en el segundo) de que disponía la Administración para actuar dentro de la Ley, corresponde en efecto a un planteamiento de la doctrina tradicional que bien pronto mereció acerbas críticas basadas unas en razones teóricas y otras en consideraciones pragmáticas atañederas a la vida misma del Estado.

“Situado el asunto en su justo medio, “una cosa es que la ley predetermine, en algunos casos de una forma total, la actividad administrativa y, en otros, atribuya a a la Administración facultades de elección, y otra muy distinta es que deban admitirse como dos categorías antagónicas, apriorísticamente diferencia-

Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas. 2002; BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo*. Derecho Público en Iberoamérica. La acción de la Administración: poderes, potestades y relaciones con los Administrados. Volumen V. Civitas Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013, pp. 219-321; RUAN SANTOS, Gabriel, *El principio de la legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas*, Ediciones FUNEDA, Caracas, 1998, p. 42

bles, la de los actos discrecionales y los actos reglados. Debemos decir no que los actos son reglados o discrecionales, sino que, en todos los actos, por reglados que sean, existe un poder discrecional mayor o menor, y que en todos los discrecionales, por libres que los supongamos, se ejercita una actividad más o menos reglada” (GARRIDO FALLA). Lo que ARIAS DE VELASCO resumió en una frase feliz por él acuñada “los actos administrativos son más o menos reglados y más o menos discrecionales”. CSJ-SPA de 02-11-82, caso Depositaria Judicial.²

Este tema de la regla y la discrecionalidad es uno de los fundamentales desde el punto de vista del acto administrativo, quizás el más fértil de todas las apreciaciones que puedan hacerse. En concreto, las consecuencias procesales y judiciales del tratamiento del acto administrativo derivan fundamentalmente de él.

La ley es la que debe establecer necesariamente las potestades, la potestad es siempre un poder que otorga la ley. Hay entonces frente a la ley dos extremos lógicos posibles, es decir, que establezca agotadoramente, de manera exhaustiva, todos los elementos de la potestad, o que la ley no establezca todos éstos. La posibilidad de que la ley no establezca ningún elemento está negada por la misma definición de potestad como poder construido en la ley.

En ese sentido, lo discrecional va del extremo en que todos los elementos, absolutamente todos, están contenidos en la ley, y aquél otro extremo en que no todos los elementos de la potestad se establecen en ella. Puede haber así una enorme gradación de grises, unos de los elementos de la potestad están en la Ley y otros no: la discrecionalidad es un concepto intensivo, es decir, va aumentando de intensidad a medida que menos elementos de la potestad están en la ley, y va disminuyendo a

2 Entre la extensa jurisprudencia venezolana sobre regla y discreción merecen citarse: TSJ - SC de 14 09 2004, caso Comisión Nacional de Valores; CSJ-SPA de 12-07-1984, 20-05-1985, 04-10-1986, 21-11-1988, 01-08-1991).

medida que los elementos de la potestad están establecidos en la ley.

Esa es la importantísima distinción entre una potestad reglada y una potestad discrecional, ¿cuándo un juez puede sustituir a la administración? ¿Cuándo la potestad es reglada? ¿Por qué? Una potestad absolutamente reglada es aquella en la cual todos sus extremos están en la ley y en consecuencia no existe ninguna posibilidad de decisión subjetiva, discrecional pues, de la Administración.

En otras palabras, frente a una potestad reglada existe un derecho subjetivo o un interés legítimo y por lo tanto es perfectamente posible que un tribunal se sustituya a la Administración en el ejercicio de potestades regladas, como veremos más adelante.

Esta son pues la gama de posibilidades y las diferencias fundamentales entre una potestad reglada y una discrecional, la distinción más importante entre los actos administrativos, porque precisamente las completamente regladas pueden ser totalmente controladas por el juez, porque frente a ellas existe un derecho subjetivo o un interés legítimo, mientras que en las potestades discrecionales, entendidas como los elementos propiamente discrecionales de una potestad, no existen tales situaciones subjetivas. Por ello, en este último caso el juez no pueda sustituir a la Administración, la decisión corresponde a la Administración. Así para seguir con *Depositaria Judicial*, la negativa dictada sobre bases falsas es anulada por la Corte Suprema de entonces, pero no se le ordena a la Administración que otorgue la autorización solicitada porque la decisión correspondiente es discrecional.

Habiendo pues estos dos extremos, el camino que debemos seguir a continuación es tratar de determinar en medio de ambas posibilidades cuan discrecional puede ser la potestad o cuan reglada tiene que serlo. Volvamos a *Depositaria Judicial*:

“los actos administrativos son más o menos reglados y más o menos discrecionales”.

Es decir, que en toda potestad administrativa habría elementos reglados y elementos discrecionales. Analicemos esa expresión, en primer lugar, que toda potestad es más o menos reglada. Toda potestad administrativa, pues, tiene algo reglado. ¿Qué elementos de una potestad son reglados siempre? Según GARCIA DE ENTERRIA:³ 1.- La existencia de la potestad. 2.- La competencia para ejercerla. 3.- Su objeto, el contenido del poder administrativo. 4.- El fin de la potestad. La propia sentencia *Depositaria Judicial* apunta en ese sentido cuando expresa que “en los actos administrativos discrecionales existen elementos (competencia, requisitos de forma) necesariamente reglados”.

Analicemos ahora la otra frase de la expresión de *Depositaria* sobre la mezcla en todo acto administrativo de elementos reglados y discrecionales que afirma que toda potestad es más o menos discrecional. Si esa frase es cierta, en toda potestad hay algo discrecional y no podría existir una absolutamente reglada. Pero ello es evidentemente falso, pues existen sin duda tales potestades absolutamente regladas, por ejemplo, el otorgamiento de la cédula de identidad, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica de Identificación (G. O. N° 38.458 de 14 de junio de 2006):

Artículo 6. Identificación de venezolanos y venezolanas. La identificación de todos los venezolanos y venezolanas, menores de nueve años de edad, se hará mediante la presentación de su partida de nacimiento. Cumplidos los nueve años de edad, se otorgará la cédula de identidad sin más limitaciones que las establecidas en esta Ley.

3 GARCIA DE ENTERRIA, Op. cit., Tomo I, pp. 448-449.

“Se le **otorgará** la cédula de identidad”: nada queda a la discreción administrativa con ese otorgar. Entonces, decir que toda potestad es más o menos discrecional es falso, porque existen tales completamente regladas, sin nada discrecional.

Esta posición de *Depositaria Judicial* que ve en todo acto administrativo elementos discrecionales, fue corregida en un asunto posterior (CSJ-SPA de 01-08-1991, caso RCTV - La Escuelita)

“Debe, sin embargo, hacerse ahora una precisión: la discrecionalidad puede entenderse de dos maneras distintas, y de hecho, en su jurisprudencia, así lo ha interpretado esta Corte: unas veces como pluralidad de soluciones justas entre las que puede, a su arbitrio, elegir la Administración (sentencia S.P-A del 05.05.83, caso: ‘C.A. RADIO CARACAS TELEVISION’ programa: ‘Hola Juventud’); y otras como ausencia de previsión directa de la única solución justa, por la ley. En este sentido la entendió la Sala, por ejemplo, en el fallo recientemente citado (del 11.12.90) y en la sentencia del 02.11.82 (caso: ‘Depositaria Judicial’), al señalar que todo acto administrativo tiene aspectos tanto reglados como discrecionales, siendo por tanto controlable por el juez. En realidad, existen situaciones en las que no hay más que una solución justa y, en consecuencia, no se da la discrecionalidad en el primer sentido, el más propio, pero sí en el último; tal es el caso, precisamente, de los supuestos de hecho subsumibles en los conceptos jurídicos indeterminados”.

La distinción fundamental entre regla y discreción se da en el elemento de la potestad que es reglado: la última palabra la va a tener un juez, el asunto es justiciable, existe un derecho subjetivo o un interés legítimo frente al ejercicio de la potestad y en consecuencia la negativa de la Administración es recurrible y una sentencia puede satisfacer íntegramente la pretensión. Cuando un elemento de la potestad es reglado solo hay una solución justa, solo una solución es conforme al ordena-

miento jurídico. En cambio, una potestad tiene un elemento discrecional cuando hay varias soluciones justas.

En definitiva, la teoría de la discrecionalidad decide precisamente que haya o no Derecho, es decir, delimita las materias en que el juez puede decirlo: jamás un tribunal podrá invadir las decisiones discrecionales de la Administración. Solo hay Derecho en tanto y en cuanto la potestad sea reglada, todo acto es controlable en tanto o en cuanto no sea discrecional.

La ley normalmente presenta indicios para determinar la existencia de la discrecionalidad. V. gr., cuando dice “la Administración *podrá*”, normalmente se refiere una potestad discrecional. Cuando la ley usa el verbo poder-podrá en vez del verbo *deberá-otorgará*, es decir, cuando el verbo deja de ser imperativo y se utiliza el verbo “poder”, la potestad es discrecional.⁴

4 Algunos ejemplos de potestades discrecionales en la legislación venezolana: Ley Orgánica de Turismo (G. O. 6.152 extr. de 18-11-2014) Artículo 88. La administración y puesta en uso y valor de los bienes públicos objeto de declaratoria de bien turístico, *se puede* delegar a terceros, bajo régimen de administración, estableciéndose el lapso o vigencia de dicho régimen, siempre y cuando se ajusten a las normas que regulen la materia, para lo cual el respectivo reglamento de uso debe definir los criterios y condiciones requeridos. Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (G.O. 6.156 extr. de 19-11-2014) Artículo 111. *Es potestativo* del Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana autorizar por necesidades de servicio en comisión, al personal militar para ejercer cargos en la Administración Pública, según las necesidades del servicio. Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria (G.O. extr. 5.889 de 31-07-2008). Artículo 35. En los instrumentos mediante los cuales se regule el sector agrícola, así como en los respectivos Planes Nacionales y Sectoriales, el Ejecutivo Nacional *podrá establecer* sujetos beneficiarios a los cuales se les otorgará prioridad para la colocación de productos agrícolas, suministro de insumos y uso de servicios requeridos en la producción, con el objetivo de transformar las relaciones de intercambio y el proceso de distribución. Artículo 60. La importación de determinados alimentos, rubros agroalimentarios e insumos para la producción agroalimentaria, *sólo podrá ser autorizada* cuando no haya producción nacional de los mismos, la producción nacional de éstos sea insuficiente o, medien causas excepcionales de interés general que justifiquen la importación.

En *Depositaria Judicial* el ejemplo es muy claro, fue solicitada al Ministerio de Justicia para la época la autorización para actuar como depositaria judicial en un determinado establecimiento y aunque la Corte Suprema de Justicia consideró que la decisión se basaba sobre supuestos falsos y, por lo tanto, expresamente remite el caso al ministerio al reconocer que la potestad para otorgar la autorización es discrecional, sobre la base de que la Ley de Depósito Judicial dice “podrá” otorgar, la Corte podía anular el acto por falso supuesto, pero no podía sustituirse a la Administración y otorgar, ni siquiera ordenar a la Administración que otorgara a la demandante la condición de depositaria. Al tratarse de un elemento discrecional, cualquiera de las soluciones que determine la Administración dentro del espacio de la discrecionalidad es justa, no es controlable por el juez; es decir, frente a esa decisión no hay un derecho subjetivo.

2. El necesario equilibrio: administrar y juzgar

Normalmente se entiende que el principio de separación de poderes es principalmente una salvaguarda de la autonomía judicial, y sobre esa base se ha expresado la mayoría de la literatura. Sin embargo, es necesario recordar también que el principio, consagrado en el artículo 136 de la Constitución venezolana, funciona en ambos sentidos. Existen no sólo zonas exclusivas de la competencia de los tribunales, sino también ámbitos donde la Administración posee potestades propias cuyo ejercicio le corresponde sin interferencias. No sólo existe una autonomía judicial, sino también una autonomía administrativa, como corolario de la separación de poderes.

Nótese que la propia Constitución otorga potestades directamente a la Administración. En otras palabras, que existe un ámbito constitucionalmente asignado al Ejecutivo que es corolario de la separación de poderes, y que excede a la mera discrecionalidad administrativa, otorgada por la ley. El ejemplo clásico en Venezuela han sido las potestades financieras

de este Poder Público a la hora de elaborar y ejecutar el presupuesto, donde la propia Constitución establece límites tanto al Legislativo como al Judicial.

Esta autonomía del Ejecutivo también existe en el ejercicio de potestades discrecionales. Allí es la ley la que permite a la Administración actuar libremente, y ese caballo de Troya dentro del Estado de Derecho puede ser controlado por las técnicas cada vez más en boga entre nosotros y en el Derecho comparado, pero sin invadir lo estrictamente discrecional.

En efecto, el mencionado artículo 136 de la Constitución establece:

Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

Esa autonomía puede entenderse de dos maneras. En primer lugar, la Constitución reserva al Poder Ejecutivo, como cabeza de la Administración, el ejercicio de una serie de potestades. Es el caso de la administración de la Hacienda Pública (art. 236, 11) el manejo de las relaciones internacionales (art. 236, 4), la autoridad sobre la Fuerza Armada (art. 236, 5). Aunque la ley pueda establecer normas en estas materias, su gobierno corresponde a la Administración. De allí que pueda decirse que existen una serie de potestades que corresponden constitucionalmente a la Administración, y que en su ejercicio la injerencia de otro poder está limitada.

El ordenamiento ofrece también la posibilidad de que una materia concreta sea objeto del ejercicio conjunto de poderes del Legislativo y del Ejecutivo, mediante el conocido sistema de legislar otorgando potestades a la Administración para que actúe sobre la materia de que se trate. Esas potestades, a los efectos que nos interesan, pueden ser regladas o discrecionales. En el primer caso, la decisión de la Administración viene

predeterminada por la ley, y por ello es posible a los tribunales sustituirla a la hora de revisar su actuación. En cambio, en el segundo caso, el de las potestades discrecionales, la ley permite a la Administración ejercer una apreciación subjetiva de las circunstancias y actuar libremente dentro de los parámetros legales. En este caso, tampoco es dable a los tribunales sustituir la actividad de la Administración en lo que tiene de discrecional, dado que la materia ha sido regulada de ese modo por el binomio Poder Legislativo-Poder Judicial.

La separación de poderes, pues, exige al menos dos formas de actuación autónoma de la Administración. En primer lugar, el ejercicio de aquellas potestades directamente previstas por la Constitución en cabeza de la Administración y, después, aquellas potestades discrecionales que el legislador le otorgue al regular una materia determinada. La sustitución por parte de los tribunales de su decisión en estos dos casos representaría una invasión inconstitucional de las potestades de la Administración por violatoria de la separación de poderes.

3. El origen electoral de la Asamblea Nacional y de la Administración como justificación de la discrecionalidad

Autores, algunos de gran renombre⁵, han abogado por la eliminación pura y simple de cualquier autonomía de la Administración frente a los tribunales. A salvo de lo que se dirá más adelante, basta por ahora afirmar que al menos en Venezuela esa opción sería abiertamente inconstitucional, dado el carácter político, electo, de los órganos superiores de las Administraciones públicas territoriales, carácter que quedaría cancelado si todas sus decisiones pueden ser sustituidas por otras emanadas de los tribunales, que por su parte no son electos.

5 Sobre el tema de la inexistencia de la discrecionalidad en el Derecho español, v. CASTILLO VEGAS, Jesús Luis, Debate de la doctrina española sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Revista Tachirensis de Derecho* N° 23. San Cristóbal. Venezuela, 2012.

(A esta razón estrictamente jurídica, entre otras tales, se une la razón tradicional de que un gobierno de jueces sería imposible en la práctica; pero esta razón, sociológica, por sí sola no haría la correspondiente decisión constituyente contraria al Derecho: un pueblo que democráticamente opte por un gobierno de jueces podría estar loco, pero no necesariamente sería injusto).

La estructuración constitucional del Poder Ejecutivo se articula sobre la base de un órgano –con su cortejo de personas públicas- dotado de todas las prerrogativas y potestades necesarias para administrar y gobernar. Entre ellas, se trata de un aparato que es capaz de reunir toda la información necesaria para decidir los asuntos que le estén encomendados. La enorme cantidad de *data* que reposa en los archivos de cualquier Administración moderna es una de las principales garantías de la mayor posibilidad que tiene ésta de tomar la decisión adecuada en cada caso.

No es superfluo anotar aquí que entre los órganos que normalmente se encuadran dentro de una Administración están los entes encargados de la estadística y de la recopilación de esta información, y que la ofrece al resto del aparato administrativo. Esos órganos no están en el Poder Judicial, ni existe ninguna previsión mediante la cual los tribunales accedan regularmente a los datos que produce y procesa la Administración Pública.

La procedimentalización de la Administración, fenómeno normal en las administraciones modernas, es otra garantía de que este compuesto es el más indicado para decidir los asuntos que le competen. Esos procedimientos no sólo aseguran que la información se almacene ordenadamente, sino lo que es más importante, que los particulares interesados en esos procedimientos tendrán acceso tanto a la información producto del órgano público de que se trate como la posibilidad de exponer y probar sus datos. Las leyes de procedimiento administrativo

y la jurisprudencia que las interpreta son muy exigentes en estos extremos, y salvaguardan la capacidad de la Administración de decidir adecuadamente.

Esta mejor posición de la Administración es otra de las razones que exigen que los jueces sean cuidadosos a la hora de tomar decisiones por la Administración. No cuentan los tribunales con la información que sí es del acceso de los entes públicos, y deciden los casos únicamente con la que se encuentra en autos. Esta es una de las razones de la deferencia que conoce el derecho administrativo norteamericano, mediante la cual los tribunales dan por buenas las decisiones administrativas, en vista de la más adecuada posición de la Administración en los casos bajo su dominio. (Sent. de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU, caso Chevron (467 US, 104 S.Ct).

El control judicial de la Administración, por pleno que sea, no puede olvidar tanto la más adecuada visión de los asuntos que tiene ésta, como la realidad de que el interés general en su plenitud sólo es de su dominio, y que le está constitucionalmente encargado.

El manejo de la Hacienda Pública corresponde de acuerdo con el texto fundamental al Legislativo, que aprueba la Ley de Presupuesto anual, y al Ejecutivo, que lo pone en práctica. La razón última de esta centenaria práctica republicana, además de la mejor posición de la Administración para gobernar y por ende para gastar, está en el origen democrático de este binomio, del que carece el Poder Judicial. Sólo las autoridades políticas –y los tribunales no lo son, por definición- pueden conformar y ejecutar el presupuesto. Concebir el control judicial de la discrecionalidad como habilitaciones a los tribunales para sustituir a la Administración supondría en muchos casos crear créditos fiscales, romper ese principio fundamental.

También el máximo tribunal se ha expedido sobre el principio de separación de poderes como clave del régimen presupuestario:

“Es al parlamento a quien corresponde votar la Ley de Presupuesto, la cual anualmente determina los recursos y las cargas del Estado, y si bien no puede decirse que tengan un procedimiento distinto para la formación como ley, los poderes públicos Ejecutivo y Legislativo tienen constitucional y legalmente competencia que regulan su participación en lo relativo a la materia presupuestaria. Es decir, que ambos poderes deben ejercer sus facultades dentro de un respeto mutuo de independencia de competencias, con fundamento en el principio de la separación de poderes.

El valor constitucional del principio de la separación de poderes, consagrado en la Constitución en el artículo 118 se fundamenta en las funciones que son propias al legislador y al ejecutivo, sin necesidad de que necesariamente haya de hacerse explícita referencia al principio de la separación, pero en aplicación del mismo (artículo 119), toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos nulos.” (Sent. de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 16-12-91).

El origen democrático del Legislativo y del Ejecutivo es el que les permite crear cargas, al primero, y ejecutarlas, al segundo. Esas cargas, al final, son fundamentalmente económicas, y de allí las disposiciones, normales en cualquier democracia, que sea al juego conjunto de ambos poderes que se deje la confección y administración de la Hacienda Pública.

4. Análisis del concepto de interés general

Un examen útil para poner en funcionamiento las tesis anteriores es determinar si el concepto “interés público”, “interés general” o sintagmas parecidos constituyen un concepto jurídico indeterminado o, por el contrario, habilitan a la Admi-

nistración para determinar discrecionalmente cuándo se realiza en la realidad.

Desde ya debemos decir que el término “interés público”, su similar “interés general” o frases semejantes, construyen a favor de la Administración una potestad discrecional inequívoca, pues ese término apunta a decisiones de sustancia política, que corresponden constitucionalmente al Poder Ejecutivo y no a los tribunales. En efecto, el interés público viene determinado en una democracia por la orientación de la mayoría de la población, y ese juego político se concentra en el binomio Poder Legislativo – Poder Ejecutivo, el primero representante del pueblo y el segundo su fiduciario. Por ello, cuando el legislador otorga potestades a la Administración para ejercerlas de acuerdo con el interés general, la determinación de ese interés corresponde a la Administración dentro de los límites de la ley, si es que ésta impone algunos.

Si el término “interés general” fuera un concepto jurídico indeterminado, el juez podría controlar su determinación, con lo cual se apoderaría de potestades propias de los componentes políticos del Poder Público. El Poder Judicial carece de la información necesaria para determinar ese interés y, sobre todo, no posee la legitimación popular esencial para que esa determinación sea democrática.

II. DISCRECIONALIDAD, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SUSTITUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN POR EL JUEZ

Para completar esta indagación debe examinarse la jurisprudencia en lo que tiene de mandato judicial, a la luz de la tutela judicial efectiva y sus estándares constitucionales. Continuando con su ejemplo más famoso, ¿qué ordena *Depositaria Judicial*? ¿Qué significó para las pretensiones del demandante que la Corte haya declarado con lugar su recurso?

Aunque la sentencia no lo dice expresamente, es obvio que el actor pretendía con su recurso que se le otorgase la autorización para actuar como depositaria judicial, de acuerdo con la ley respectiva vigente para el momento. La nulidad del acto denegatorio era una condición para ese otorgamiento, pero no satisfacía su pretensión, que sólo sería cumplida bien con una orden a la Administración para que la otorgara, o bien con un fallo que la constituyese. Pero no fue así.

Expresamente la decisión remite el asunto de nuevo a la Administración, ciertamente con indicación de que decida conforme con lo señalado en la sentencia, pero en modo alguno exigiendo una decisión favorable al administrado. De hecho, como del fallo quedó demostrado que la correspondiente potestad era discrecional, ahora no quedaba duda de que el Ministerio de Justicia no tenía obligación alguna de otorgar al demandante la autorización de actuar como depositaria judicial.

Es decir, una nueva decisión denegatoria de la solicitud del particular para desempeñarse como depositaria ahora era con absoluta seguridad conforme a Derecho. Negativa que, de un plumazo, hacía inútil para éste todo el proceso judicial que culminó en *Depositaria Judicial*. Entonces, ¿satisfacía este fallo el derecho a la jurisdicción del demandante, el derecho a la tutela judicial efectiva diríamos treinta años después? Siendo jurídicamente verdadera la *ratio decidendi* de la sentencia, ¿cómo podía satisfacer la pretensión? ¿*Depositaria Judicial* es una nulidad inútil? Veamos.

Responder esta pregunta implica previamente determinar el objetivo, la finalidad del contencioso administrativo y en concreto ahora dentro de ésta la finalidad del control de la discrecionalidad. A nadie escapa que la respuesta es la tutela del particular afectado por el acto administrativo discrecional, tutela que es la razón de ser de toda jurisdicción, como dice expresamente la Constitución al hablar precisamente de la

tutela judicial efectiva (art.26) y aún más claramente en el caso de la jurisdicción contenciosa, cuando se le asigna “el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa” (art. 259).

Así, si por definición lo discrecional es el núcleo irreducible de autonomía de la Administración frente a los tribunales, o bien hay que negar de plano que esa tutela alcance la discrecionalidad, o bien negar de plano que la discrecionalidad exista, pues si los tribunales pueden decidir inclusive en lo estrictamente discrecional, por esa misma razón entonces deja de existir: o la discrecionalidad es frente a los tribunales o no es discrecionalidad.

Comencemos por la segunda posibilidad: lo que llamamos discrecionalidad, aquel espacio que sería impermeable al juez de la potestad administrativa construida así por ley, en realidad no es impermeable, los tribunales pueden entrar en él y decidir en sustitución de la Administración, de ser necesario para satisfacer la pretensión del particular, única justificación de la potestad jurisdiccional en nuestro medio. En otras palabras, la discrecionalidad no existiría, toda decisión administrativa, inclusive las discrecionales, sería provisional y no sólo podría ser anulada por los tribunales, sino también sustituida por una decisión distinta del propio juez. “Si así fuere, todo se reduciría a sustituir una discrecionalidad (la administrativa) por otra (la judicial), sin avanzar ni un solo paso en el problema”⁶.

Si no es jurídicamente válido sustituir una discrecionalidad (administrativa) por otra (judicial), (entre otras cosas porque ésta no existe), no hay manera de que el control judicial de la discrecionalidad pueda satisfacer las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva del particular que ha demandado a la Administración en virtud de esa discrecionalidad. Ciertamente, con las técnicas de control de la discrecionalidad

6 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Op. cit.*, Tomo I, p. 468.

al uso, es posible anular un acto discrecional por lo que tiene de reglado. Prototipo: la negativa de autorización de depositaria judicial. Pero esa nulidad es absolutamente incapaz de tutelar el interés del demandante, porque, en el mejor de los casos, sólo permitiría al particular victorioso comenzar de nuevo el procedimiento administrativo correspondiente, pero ahora con la seguridad de que la Administración no tiene obligación alguna de decidir en su favor, pues se trata de acuerdo con la misma sentencia que declaró con lugar el recurso de nulidad que él mismo intentó, una decisión discrecional y el fallo lo declara así con valor de cosa juzgada.

Consecuencia humillante: el control de la discrecionalidad no es tal, es un asedio que jamás podrá entrar en la fortaleza asediada, sólo establecer el exacto plano de sus muros. Así, si lo que solicita el particular sólo puede ser satisfecho mediante un acto discrecional de la Administración, la nulidad correspondiente no servirá de nada, o de muy poco, al particular. Muy poco: intentar la solicitud administrativa de nuevo apostando a que la Administración cambiará de criterio. En el caso de *Depositaria Judicial*, pedir de nuevo la autorización para funcionar como depositaria, ahora con la certeza de que cualquier negativa que no viole los aspectos reglados de la potestad será válida.

Esta fenomenología de los efectos de la nulidad de un acto discrecional (rectius: de lo discrecional de un acto), la (no) efectiva tutela judicial de la posición del particular, no por defecto del juez sino porque no hay nada que tutelar, debe llevar a una resuelta revisión de la teoría del control de la discrecionalidad. Porque, como vimos del examen de *Depositaria Judicial*, inclusive en su mejor desempeño, la nulidad del acto por motivos reglados, que son todos, es casi siempre una victoria pírrica para el particular demandante.

Si el estándar de la jurisdicción contenciosa es la protección de las posiciones subjetivas de los particulares frente a la

ilegalidad de la Administración, el control de la discrecionalidad, tal como postula la mejor y más avanzada doctrina, no pasa la prueba, no cumple con el estándar. A lo más, permite al particular volver a empezar el calvario administrativo, ahora con la certeza de que no tiene derecho a lo que pretende realmente. Pues por definición el juez nunca podrá satisfacer su pretensión en tanto que es producto de la sola decisión discrecional de la Administración.

Para citar la doctrina más reciente y particularmente lúcida,

“Tradicionalmente la doctrina ha reconocido que un primer límite a los poderes de sustitución del Juez se halla en la existencia de potestades -mayormente- discrecionales. (...) Como lo asevera Muci, (Muci Borjas, José Antonio, “Los poderes del juez administrativo, Tutela judicial efectiva y control integral de la actividad administrativa”, en: Revista de Derecho, Tribunal Supremo de Justicia No. 14, Editorial Texto, Caracas, 2004) es precisamente el derecho a una tutela judicial efectiva el fundamento para afirmar que “si de lo que se trata... es de ejercer poderes reglados, no puede dudarse del poder del juez para sustituir a la Administración Pública... [y que]... no existe obstáculo que le impida al juez ocupar el lugar de la Administración para aplicar la ley al caso concreto” Así, siempre y cuando la actuación del Juez se fundamente en Derecho y no en apreciaciones políticas, pareciera no haber obstáculos para la sustitución. Se trata, pues, en esencia de la misma operación jurídica que llevaría a cabo la Administración, al verificar que unos hechos determinados pueden ser subsumidos en una norma y, en consecuencia, debe ser actuada la consecuencia jurídica. (...) Solo, entonces, cuando estamos en presencia del ejercicio del núcleo duro de potestades discrecionales, esto es, decisiones esencialmente políticas, que se fundamentan en motivos de “oportunidad y conveniencia” no podríamos hablar de sustitución.”⁷

7 PARÉS, Antonio. La Resurrección -Parcial- de la fallecida máxima según la cual sustituir a la Administración es administrar. Sobre los límites al

Rotunda también la legislación española, como española es la doctrina paladín del control de la discrecionalidad. Así la Ley de la Jurisdicción Administrativa, artículo 71, 2:

*Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen **ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados** (Resaltado mío).*

Baste entonces estos argumentos para rechazar en Venezuela la sustitución de la Administración por el juez contencioso en el caso de potestades discrecionales, por tratarse de una invasión inconstitucional de las competencias del Poder Ejecutivo, tal como han sido delimitadas por el Legislativo en la ley correspondiente.

III. LAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

Las técnicas de control de la discrecionalidad son muy conocidas entre nosotros. Una lista generalmente aceptada incluiría, siguiendo la doctrina extranjera más influyente, al control por los elementos reglados, sobre todo el control del fin y la desviación de poder; el control por los hechos determinantes; el control por los principios generales del derecho; y la interdicción de la arbitrariedad (test de razonabilidad y racionalidad). Veamos.

El control de los elementos reglados y específicamente del elemento fin de la norma y su violación, la desviación de poder, por un lado; y de los hechos determinantes por otro, en todo caso no se tratarían del control de la discrecionalidad en tanto que discrecionalidad, que es nuestro actual problema, sino de

poder de sustitución del Juez administrativo, sus tentaciones y otros problemas de fondo mucho más graves en *Revista de Derecho Público* Núm. 135, Julio 2013.

su asedio, de la determinación de sus fronteras. En realidad, la discrecionalidad de la Administración queda bajo estas técnicas de control delimitada pero no sujeta al juez contencioso.

Sobre la desviación de poder, pues, bastaría insistir aquí en lo gaseoso de esta técnica, en su reducción en la inmensa mayoría de los casos al examen de otros elementos del acto administrativo. Aún en el supuesto extraordinario de encontrarnos, con la certeza propia de un tribunal, con el fin de la norma y, luego, con la prueba de su violación, que es una cuestión de hecho, seguiría siendo un control de lo reglado y no de lo discrecional.⁸

Con respecto a los hechos determinantes, es aún más claro la ausencia de verdadera discrecionalidad: la realidad es reglada, su constatación no queda a la discreción del observador y menos si el observador es un juez. Por difícil que sea controlar esa apreciación en algunos casos, como es el de los conceptos jurídicos indeterminados, seguimos en el dominio de lo reglado.

El control de los actos discrecionales por medio de los principios generales del derecho merece mayor comentario. A los efectos del control de la discrecionalidad, basta con afirmar desde luego que el tema de los principios generales del derecho es *quaestio iuris* para un tribunal. Los principios generales del derecho son parte del ordenamiento, y sin querer entrar aquí en su teoría general, espinosa y controvertida, en modo alguno se trata de criterios subjetivos del juez sino de estándares derivados e inclusive establecidos expresamente en el ordenamiento jurídico. (*in dubio pro reo, in dubio pro operario*, por ejemplo y en la propia Constitución). Así la doctrina del mismo maestro García de Enterría.⁹

8 LINARES BENZO, Gustavo “¿Incluso por desviación de poder? Los elementos del acto administrativo y sus mitos” en REDAV no. 15, mayo-agosto 2018.

9 *Ibíd.*, Tomo I, p. 468.

En consecuencia, se trata aquí de un control de la discrecionalidad mediante la misma regla de Derecho, lo que revela que tampoco esta técnica es un control de la discrecionalidad como tal sino de su asedio, del establecimiento de sus límites.

Queda así por examinar el tema del control de la arbitrariedad, que es la base en la cual la doctrina española, García de Enterría a la cabeza, coloca las técnicas de los test de racionalidad y razonabilidad. Aquí pareciera que hemos atravesado las murallas y llegado al núcleo mismo de la discrecionalidad, porque expresamente García de Enterría considera que la racionalidad y la razonabilidad entran en juego después del control de los actos por los elementos reglados¹⁰. Finalmente, agotado el arsenal de las técnicas de control sobre los elementos reglados, debemos entrar en el análisis de la racionalidad de la decisión. En otras palabras, el juez ya no va a seguir aplicando reglas, entre las cuales los principios generales del derecho, sino la racionalidad. Pero cuál racionalidad, sobre todo de quién, de la Administración o del Juez, debe determinar si se trata de una decisión racionalmente justificada. Pero, insisto, para ello tiene que comprobar primero que el acto está dentro de los límites del Derecho, que le es conforme, que respeta la ley. El juez está dejando el Derecho y entrando en otra área que esta doctrina llama racionalidad. Si no se respeta esa racionalidad, que pareciera no encontrarse en el ordenamiento jurídico aplicable al acto examinado por el tribunal, nos hallamos frente a una decisión irracional y por ello arbitraria, lo que estaría prohibido por la ley.

El primer dato para este análisis es uno de Derecho Comparado. García de Enterría fundamenta normativamente esta técnica de control de la discrecionalidad en la previsión constitucional española que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9,3):

10 *Ibidem*, Tomo I, p. 474.

La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (resaltado mío).

Una expresión así no existe en el Derecho venezolano. Esta ausencia es tal que habría que decir que de esa larga norma española lo único que falta en nuestro ordenamiento es esa interdicción de la arbitrariedad. Sabiendo además que la mayor inspiración desde los años noventa del siglo pasado en el Derecho venezolano es precisamente la española, la ausencia de la frase “la Constitución garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” no es una simple ausencia, sino de lo que a todas luces debe entenderse como una ausencia consciente, reveladora de una clara voluntad constituyente de no establecer la interdicción de la arbitrariedad en Venezuela, al menos mediante tal expresión. Si se analiza además el articulado de la Constitución venezolana sobre la administración pública (art. 141), inspirado y casi copiado de la Constitución española de 1978, tampoco aparece la interdicción de la arbitrariedad.

Para empezar este análisis comparativo, pues, hay que decir que la base constitucional en España para el test de racionalidad y razonabilidad no existe en Venezuela, inexistencia que como argumento es bastante rotundo. Pues se trata de la única parte de una norma que recoge muchos otros principios constitucionales todos aplicables hasta con las mismas expresiones en Venezuela. Ello no quiere decir ni que la arbitrariedad esté consagrada en Venezuela ni que sea imposible importar las mencionadas técnicas de racionalidad y razonabilidad, pero sobre bases distintas, pero es un primer y muy importante argumento a tomar en cuenta para darle entrada en nuestro ordenamiento.

Ciertamente, que no se encuentre expresamente prohibida la arbitrariedad en la constitución venezolana en modo alguno quiere decir que esté permitida. Pues se trata de una conducta que la Administración tiene vedada por multitud de otras disposiciones, como se demuestra de la sola lectura del mencionado artículo 141 de la Constitución, que se refiere a valores como la transparencia, la rendición de cuentas y la responsabilidad, pero con ello no se resuelve el problema de qué haya que entender por arbitrariedad en una decisión administrativa: ¿que aunque respete la ley, no alcance las cotas de racionalidad del juez contencioso que la juzga?, que no otra cosa son estos test de racionalidad y razonabilidad.

Nos acercamos aquí al núcleo del problema, al núcleo de la discrecionalidad y con ello, quizás al núcleo del Derecho Administrativo. Si se analiza el significado de arbitrariedad comenzando por el diccionario de la Real Academia Española encontramos lo siguiente.

Arbitrario. *Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón*

Arbitrario es un acto dictado sólo por la “libre voluntad” de quien lo emite. Dentro de esta técnica del test de racionalidad sería un acto contrario a la razón dictado únicamente por razones de voluntad. Que sea contrario a la razón es precisamente lo que estamos analizando. Así que en definitiva el acto arbitrario sería aquél dictado exclusivamente por la voluntad de la Administración.

Un acto dictado tala estaría prohibido en España, García de Enterría dixit, por estar prohibida la arbitrariedad. Pero en Venezuela no lo está, o al menos expresamente. Y aunque todos los demás elementos de la arbitrariedad, sería evidente que en nuestro país también están prohibidos, no parece evidente que exista prohibición de un acto administrativo dictado por la sola voluntad de la Administración. Más aún, un acto dictado

sólo por la voluntad de la Administración suena muy parecido a acto discrecional.

Un acto discrecional ¿no es precisamente aquel que la Administración fundamenta en la libre escogencia de una opción legalmente válida? Por definición, el test de racionalidad opera sobre una decisión que es legalmente válida, pero no racional. Entonces si el test de racionalidad se refiere un acto arbitrario, es decir, dictado sólo por la voluntad y puede llevar a su nulidad querría decir que la Administración nunca podría dictar un acto discrecional. Veamos si ello es así en Venezuela.

Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: 3. Nombrar y remover los Ministros o Ministras.

Si el Presidente de la República tuviera que motivar el nombramiento de un ministro, sería perfectamente válido justificarlo con un acto dictado sólo por su voluntad. “Porque sí”, por pura voluntad, se nombra a Ticio como ministro.

Esta potestad elemental e indiscutidamente discrecional echa por tierra, aquí y en España, el test de racionalidad como una técnica válidamente constitucional de control de la discrecionalidad. Es evidente y no puede ser de otra manera que el ordenamiento, al otorgar discrecionalidad a la Administración Pública, otorga libertad de elección a la Administración, y que para ser tal esa libertad tiene que poder ejercerse por la sola voluntad.

“Porque sí” es la manifestación esencial de una voluntad libre. Si cubiertos todos los extremos legales, la Administración no puede justificar con su sola voluntad el ejercicio de una potestad discrecional, si tiene que justificarlo en cambio racional y razonablemente de acuerdo con el juez, en realidad la discrecionalidad no existe, y ello en Venezuela al menos es sencillamente inconstitucional.

Que se entienda que un acto administrativo discrecional es aquel dictado por la sola voluntad de la Administración significa también que no se necesita ninguna razón para emitirlo, en otras palabras, que sería un acto que no requiere motivación. Así llegamos a otro elemento tradicional del análisis de la discrecionalidad: su relación con la motivación de los actos administrativos. De hecho, en este largo debate sobre el control de la discreción administrativa, la exigencia de motivación de todo acto, especialmente de los discrecionales, ha sido una de las técnicas básicas de control.

Sin embargo, el par discreción-motivación como técnica de control lleva al mismo dilema anterior. Porque si se acepta la tesis de que la discrecionalidad administrativa es constitucionalmente necesaria, como derivación de la separación de poderes, fatalmente o bien hay que exceptuar a los actos discrecionales de la exigencia de motivación o bien dar por buenos cualesquiera motivos que la Administración alegue.

Siguiendo con el ejemplo de la potestad presidencial del nombramiento de ministros, si se fuera coherente con la universalidad de la motivación, el Presidente tendría que dar los motivos por los cuales designó a Ticio como ministro; si no lo hace el acto es nulo per se; y si lo hace y la racionalidad subyacente no es la del juez, también será nulo.

En la práctica, siempre habrá una razón más o menos confesable, más o menos política, para nombrar un ministro, pero cuya enunciación el Derecho no exige porque obviamente no es controlable. Si lo fuera entraríamos en el mismo círculo vicioso de nulidades sinfín que nunca satisfaría al eventual demandante, que en este caso de Derecho ficción podría ser el del candidato favorito a ministro que se quedó esperando el nombramiento.

Pero lo extremo del caso del ministro encuentra eco en casos mucho más comunes, como la designación de funciona-

rios de libre nombramiento y remoción, a los cuales nadie ha exigido motivación, como dice expresamente la ley del Estatuto de la Función Pública, al que volveremos más adelante.

De guiarnos exclusivamente por estos casos extremos, llegaríamos a la derogación del artículo 12 de la LOPA y a la eliminación de la motivación como elemento de los actos administrativos discrecionales. Por ello debe encontrarse un sentido útil a la motivación de los actos administrativos discrecionales, tomando en cuenta lo dicho más arriba.

Así, la motivación de los actos administrativos sólo es obligatoria jurídicamente en lo que respecta a sus elementos reglados. La motivación es una guía para el administrado, primero, y para el juez, después, para determinar si la Administración cumplió la ley y en consecuencia para ejercer su derecho a la defensa, el primero, y para impartir justicia, el segundo. Pero ni la Administración está obligada a motivar lo estrictamente discrecional de sus actos, y en caso de hacerlo esos motivos no entrarían en la materia justiciable por el juez.

En otras palabras, los actos administrativos discrecionales deben motivarse solamente en lo que tienen de reglados, y esa es la razón misma de la obligatoriedad legal: la discreción se controla por la regla, y la Administración debe determinar claramente como cumplió la ley y como probó sus alegatos de hecho, explicando cómo aplicó la ley: motivando sus actos, pues.

Pero no puede exigírsele los motivos estrictamente discrecionales de lo estrictamente discrecional de su decisión, porque esos motivos, cualesquiera que sean, son irrelevantes para el Derecho, pues serán los motivos de un acto dictado "por la sola voluntad" de la Administración, lo que como vimos es la esencia de la discrecionalidad.

Hemos así terminado de analizar las técnicas de control de la discrecionalidad al uso, para concluir que todas ellas son en realidad control de los elementos reglados de una potestad discrecional. Todos menos los test de racionalidad y razonabilidad, que al menos en Venezuela no serían admisibles por ser una invasión de potestades administrativas por el Poder Judicial y en definitiva la eliminación de la discrecionalidad, lo que también sería inconstitucional.

IV. LA “REDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD”

Sin embargo, luego de la lista canónica de García de Enterría que hemos citado antes, hay un apartado referido al control de la discrecionalidad y tutela judicial efectiva. En él el maestro español toca el tema tan importante para nuestro asunto de la sustitución de la Administración por el juez, relacionándolo con el mismo valor constitucional con que empecé este tema, el de la tutela judicial efectiva, pero en un sentido diametralmente opuesto. Allí incluye otra técnica de control de la discrecionalidad distinta al elenco anterior, que en mi opinión presenta características propias y que por lo tanto merece un análisis específico: la “reducción” de la discrecionalidad.

Como vimos más arriba, la sustitución de la Administración por el juez es una técnica muy conocida en Venezuela, reservada hasta ahora para el caso de las potestades regladas.

Anulado un acto sometido íntegramente a la regla de Derecho, y frente al cual el demandante solicitó no sólo esa nulidad sino el restablecimiento de la situación jurídica infringida, el juez puede y debe dictar las medidas necesarias para ese restablecimiento, que en muchos casos incluirán, entre otras, la orden a la Administración para que emita dentro de un plazo un determinado acto con un determinado contenido, aquel que satisface la pretensión del demandante. Y si la Adminis-

tración no cumple dentro del plazo, puede sustituirla y darle a su sentencia los mismos efectos del acto debido.

Esta técnica, al menos en nuestra doctrina, es pacíficamente aceptada desde hace ya tiempo. Es, por demás está decirlo, plenamente coherente con las definiciones de potestad reglada y potestad discrecional, porque entre nosotros se la ha circunscrito al caso de potestades estrictamente regladas, en el cual es evidente que para alcanzar los estándares de la tutela judicial efectiva no basta la nulidad, sino que hay que llegar a la situación subjetiva del demandante: si la tutela de ésta exige la emisión del acto, y la Administración no lo hace una vez requerida, el juez puede darle los efectos de ese acto a su decisión.

El problema con esta técnica de reducción de la discrecionalidad, es que se entiende precisamente como tal, es decir, como llegar a un residuo, a un resto de discrecionalidad que el juez podría invadir y en el cual podría sustituir a la Administración. Por vez primera, en las técnicas de control de la discrecionalidad aparece una que realmente controla lo irreductiblemente (nunca mejor dicho) discrecional y allí el juez sustituye a la Administración.

García de Enterría cita como ejemplo una sentencia del Tribunal Supremo español (21-09-1993) que luego de anular un acto de planeación urbanística por ilegalidades, todas regladas, concluye sustituyendo a la Administración porque si bien el acto era originalmente discrecional, como planificación urbana que era, luego de ejercida esa discreción en las sucesivas zonificaciones, anulado el acto la Administración ya no tenía margen de discrecionalidad alguno y en consecuencia el juez podía dictar por ella ese acto discrecional pero ya sin alternativas, dadas las auto vinculaciones que la propia Administración dictó con anterioridad.

Esta solución podría ser de Derecho positivo en Italia

31, 2 El juez puede pronunciarse sobre los méritos de la pretensión sólo cuando se trata de una actividad reglada o cuando no hay márgenes de ejercicio de la discrecionalidad ni necesidad de instrucción que deba ser llevada a cabo por la Administración. (Código del Proceso Administrativo)¹¹

A estos efectos, vale la pena un brevísimo excursus sobre el derecho positivo italiano en esta materia de “reducción de la discrecionalidad”, tanto por lo preciso de su regulación como por las semejanzas, que no identidad, con Venezuela.

1. El Codice del Processo Amministrativo (2011)

La legislación vigente en lo contencioso administrativo, el Código del Proceso Administrativo de 2011, significó un hito en la evolución de la jurisdicción contencioso administrativa italiana. Como sabemos, tradicionalmente esa jurisdicción, cuya cabeza es el Consejo de Estado, tenía como competencia ordinaria las pretensiones de los particulares contra la Administración Pública *lato sensu* relacionadas con sus intereses legítimos, fundamentalmente el conocimiento de los recursos de nulidad de los actos administrativos. Por su parte, las pretensiones frente a la Administración relativas a derechos subjetivos deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria, con la Corte de Casación a la cabeza.

La distinción interés legítimo-derecho subjetivo, de la que es tributaria nuestra mucho menos relevante discusión venezolana, el primero derivado de una actuación de la Administración como autoridad, y el segundo cuando ésta se somete al Derecho privado, no es esencial para nuestro tema. Sólo apuntemos que el *Codice* estableció, además de esta jurisdicción administrativa propiamente dicha (*di legitimita*), dos más,

11 *31, 2 Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.*

una jurisdicción exclusiva para conocer de las pretensiones sobre derechos subjetivos relacionadas con la Administración recogidas taxativamente en el *Codice* y otra, la jurisdicción de mérito, que es la que nos interesa aquí, pues contiene lo relacionado con las competencias judiciales sobre la discrecionalidad administrativa

El primer dato, a mi ver esencial de esta jurisdicción sobre el mérito, es que se ejerce sobre todo en el caso de ejecución de sentencias judiciales ya dictadas. En efecto, esta jurisdicción, única en que el juez puede sustituir a la Administración y adoptar un nuevo acto o modificar el impugnado (*“adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato”* art. 34, 1 d), sólo se ejerce en casos tasados, el principal de los cuales es el del juicio de ejecución de sentencias a que se dedica el Título I del Libro IV del *Codice*.

En el Derecho italiano, pues, la sustitución de la Administración por el juez decidiendo asuntos dejados a la discrecionalidad de ésta, sólo puede ocurrir en caso de que la Administración incumpla una decisión judicial previa. Sólo con este dato puede apreciarse el grado de excepcionalidad de este control de la discrecionalidad, en los casos en que verdaderamente lo sea.

Pues si bien es cierto que sólo en ejecución de sentencia puede el juez contencioso invadir el ejercicio discrecional de la Administración y sustituirla dictando él el acto correspondiente, esas sustituciones ocurren normalmente en el caso de potestades regladas, que es lo normal en las sentencias de nulidad. Es decir, que aún en el caso de sustitución de la Administración cuando actúa reglamentamente, su sustitución por el juez sólo puede ocurrir cuando se ejecuta una sentencia previa, ni siquiera el juez de la nulidad puede hacerlo. Sustitución excepcional en todo caso, pues, y más aún en el caso de la discrecionalidad.

A este respecto es útil transcribir la norma del *Codice* que termina de cerrar el sistema sobre el control de lo discrecional:

*34, 2. En ningún caso el juez puede pronunciarse respecto de potestades administrativas aún no ejercidas.*¹²

Podemos en consecuencia resumir el funcionamiento del control de la discrecionalidad en Italia diciendo que, en ese sistema, la satisfacción de la pretensión del recurrente en este caso es la efectiva emisión del acto solicitado, inclusive en el evento de potestades discrecionales; que en consecuencia una nulidad puede ser inútil si esa satisfacción es imposible, lo que así es por definición en las pretensiones sobre lo discrecional propiamente dicho; que salvo en la jurisdicción de mérito, el juez contencioso no puede sustituir a la Administración en la emisión del acto, ni siquiera en los casos reglados, sino a lo más condenarla a dictarlo; que esa condena sólo puede ocurrir en el caso de potestades regladas (*attività vincolata*) o cuando se ha agotado el margen de discrecionalidad; que sólo como ejecución de la sentencia que ordene la emisión de un acto determinado puede el juez de la jurisdicción de mérito dictar, ahora sí, un nuevo acto o modificar el impugnado.

Al final, en lo estrictamente discrecional, el Derecho italiano sólo conoce una técnica: agotado el margen de discrecionalidad debido a la decisión previa impugnada, puede el juez de la nulidad ordenar la emisión de un acto cuyo contenido determina el mismo juez, sin poder todavía dictarlo el tribunal; y sólo como ejecución de esa sentencia, pareciera posible al juez, por fin, sustituir a la Administración dictando ese acto al que fue condenada a emitir.

Como vemos, la técnica de la reducción del margen de discrecionalidad es la única que verdaderamente es tal. Sin embargo, a nuestros efectos, en un sistema de Derecho Admi-

12 *34, 2 In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati.*

nistrativo semejante al nuestro como el italiano, fue necesario para ello una consagración de Derecho positivo y además sumamente restrictiva, al punto que parte de la doctrina de ese país incluso considera que al final el control del juez sigue siendo sobre lo reglado de la potestad.

Es cierto que el art. 31, 3, del código asume los resultados que la jurisprudencia había alcanzado pretorianamente, la hipótesis de que "no hay más margen para ejercer discreción", pero la fórmula parece pleonástica: si no hay márgenes para el ejercicio de la actividad administrativa discrecional, significa que el agere administrativo se presenta ante el juez (...) como una actividad totalmente vinculada¹³.

Puede concluirse entonces de este breve análisis del Derecho italiano que en el nuestro, inclusive en el caso de mayor amplitud, sería necesaria una reforma legislativa para aceptar la tesis de la reducción de la discrecionalidad y que ésta, al final, no permitiría tampoco la invasión del juez contencioso en lo estrictamente discrecional de la potestad.

V. LA DISCRECIONALIDAD COMO CAUSA DE LA FALTA DE JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES

Si se pretende por último una definición técnica pero dentro del mundo del Derecho Procesal de lo que ocurre en la relación juez-discrecionalidad, tendríamos que encuadrarla en la falta de jurisdicción del Derecho Procesal Común.

13 *E pur vero che l'art. 31, co. 3, del codice aggiunge ai risultati cui la giurisprudenza era giunta in via pretoria l'ipotesi che "non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità", ma la formula appare pleonastica in quanto, se non sussistono margini per l'esercizio dell'attività amministrativa discrezionale, vuol dire che l'agere amministrativo si presenta al giudice adito con il ricorso avverso il silenzio come un'attività totalmente vincolata. CAPONIGRO, Roberto. I principi di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo in Codice del Processo Amministrativo commentato, Roma 2012, p. 455.*

Así el CPC:

Artículo 59. La falta de jurisdicción del Juez respecto de la administración pública, se declarará aun de oficio, en cualquier estado e instancia del proceso. La falta de jurisdicción del Juez venezolano respecto del Juez extranjero, se declarará de oficio, en cualquier estado e instancia del proceso cuando se trate de causas que tienen por objeto bienes inmuebles situados en el extranjero. En cualquier otro caso, mientras no se haya dictado sentencia sobre el fondo de la causa en primera instancia, la falta de jurisdicción sólo podrá declararse a solicitud de parte. En todo caso, el pronunciamiento del Juez sobre la jurisdicción se consultará en la Corte Suprema de Justicia, en la Sala Político-Administrativa conforme a lo dispuesto en el artículo 62.

Artículo 62. A los fines de la consulta ordenada en el artículo 59, el Tribunal remitirá inmediatamente los autos a la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, suspendiéndose el proceso desde la fecha de la decisión. La Corte procederá luego de recibidas las actuaciones, a decidir la cuestión, lo cual hará dentro de diez días, con preferencia a cualquier otro asunto.

Artículo 63° La determinación sobre la jurisdicción se dictará sin previa citación ni alegatos, atendiéndose la Corte únicamente a lo que resulte de las actuaciones remitidas.

Artículo 64° La decisión se comunicará de oficio al Tribunal donde cursare la causa. Artículo 65° La administración pública que no es parte en la causa, puede solicitar ante el Juez que conoce de ella, mientras la jurisdicción no haya sido afirmada mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que se declare el defecto de jurisdicción del Juez, fundándose en las atribuciones conferidas por la ley a dicha administración, y se procederá con arreglo a los artículos anteriores.

Artículo 66° La solicitud de regulación de la jurisdicción suspende el procedimiento hasta que sea decidida la cuestión de jurisdicción.

La falta de jurisdicción es la inhabilidad judicial más intensa, mayor aún que la incompetencia, que sólo consiste en que un determinado juez no tiene atribuciones para una determinada causa, pero otro dentro del Poder Judicial sí es competente, a quien deben enviarse los autos.

La falta de jurisdicción es aún más: ningún juez puede resolver la controversia, porque ello corresponde a otro poder público, al Ejecutivo. Así lo ha dicho claramente la doctrina comentando el artículo copiado del CPC. De hecho, los ejemplos jurisprudenciales sobran, especialmente en las materias administrativizadas¹⁴, como los asuntos laborales que corresponden a los organismos administrativos del trabajo. Lo veremos más adelante.

14 LINARES BENZO, Gustavo. Sentencia previa. "La diferencia fundamental entre acto administrativo y sentencia judicial" en *Revista de Derecho Público* Núm. 147-148, Julio 2016, pp. 67-81. Como dice PAREJO con su característica precisión: "Con entera independencia de la concepción que se tenga del Derecho administrativo, es claro que: i) se caracteriza -y en ello radica la principal razón de su singularización respecto de las demás ramas del Derecho- por su construcción en función de y para la ejecución -y de la ejecución sistemática, en términos específicos y precisamente por un sujeto diseñado a tal fin- de las normas que, por su carácter y objeto, precisan de una tal ejecución para cumplir su cometido y, justamente por ello, la presuponen y "programan" o, dicho de otro modo, por serle constitutiva -estructural y funcionalmente- una radical dependencia entre normación (programación de la actuación) y ejecución (actuación programada); de donde ii) la elección por el legislador, en el marco de la Constitución, de la "administrativización" de una materia o sector de la realidad implica de suyo una responsabilidad y cualificación específicas del aludido sujeto, que no es otro que el complejo orgánico-funcional "gobierno-administración", para la determinación de lo que deba ser Derecho en el caso concreto". PAREJO ALFONSO, Luciano. "Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa" en *Revista General de Derecho Administrativo* 36 (2014).

Nótese, como vimos, que, en esos casos, deferido el asunto a la Administración competente, el acto correspondiente puede ser demandado ante la jurisdicción contenciosa y, de ser reglado, podrá ser no sólo anulado sino también satisfecha la pretensión del particular demandante mediante la sentencia del caso.

En el evento de lo irreductiblemente discrecional ni siquiera ello es posible. El juez contencioso en este caso no sólo carece de jurisdicción para decidir el asunto, aunque sí la tuviese para revisar el acto que posteriormente dictase la Administración: en lo discrecional ni puede decidir inicialmente, ni puede luego revisar el eventual acto posterior que dicte la Administración deferida por falta de jurisdicción del tribunal. Una falta de jurisdicción agravada, podríamos decir.

Las declaratorias sobre regulación de jurisdicción pueden clasificarse de acuerdo con el sector administrativizado al que se refieren. En orden de frecuencia: la falta de jurisdicción del Poder Judicial frente a la administración en los casos de las autoridades administrativas del trabajo y de las autoridades administrativas de arrendamiento para viviendas. Analicemos caso por caso

1. Regulación de jurisdicción en materia de derecho laboral

De manera reiterada la Sala Político Administrativa¹⁵ declara que en las materias competencia de las autoridades administrativas del trabajo los tribunales no tienen jurisdicción. Una lista de esas materias, sin pretensión de exhaustividad, incluye lo relativo a la inamovilidad laboral y a su correspondiente garantía administrativa, la calificación del despido. La norma del caso, el artículo 94 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras establece

15 V., v. gr. sentencia del TSJ-SPA 387/2019 de 4-07-2019.

“Inamovilidad

Artículo 94. *Los trabajadores y trabajadoras protegidos de inamovilidad no podrán ser despedidos, ni trasladados, ni desmejorados sin una causa justificada la cual deberá ser previamente calificada por el inspector o inspectora del trabajo.*

A nuestros efectos, basta decir que la potestad de calificación de despido que establece esta norma es completamente reglada. En efecto, sus supuestos contienen bien estándares precisos, o bien en el caso de máxima amplitud, conceptos jurídicos indeterminados que simplemente requieren del funcionario competente la constatación de unos hechos y su calificación jurídica. Ninguna discrecionalidad, pues.

En este caso se trataría así de una falta de jurisdicción relativa tal como hemos venido hablando: los tribunales carecen de jurisdicción para decidir sobre estos asuntos de naturaleza laboral antes de lo que lo haga la Administración, pero luego de dictado el acto administrativo correspondiente, en este caso calificando o no el despido, para la nulidad que se intente los tribunales sí tienen jurisdicción y, en su caso, para anular el acto y restablecer la situación jurídica infringida, que en este supuesto puede llegar a que la propia sentencia califique el despido que no había sido tal por el acto anulado, pues se trata como vimos de una potestad completamente reglada.

2. Regulación de jurisdicción frente a las autoridades de arrendamiento de viviendas

La normativa sobre alquiler de viviendas se encuentra contenida en la Ley para la Regularización y Control de Arrendamientos de Vivienda (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.053 Extraordinario de 12-11-2011).

El reglamento de esta ley (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.799 de 14-11-2011) estableció también la potestad administrativa de recepción de la consig-

nación de canon de alquiler que antes correspondía a los tribunales:

“Artículo 65. Mediante escrito dirigido al Superintendente Nacional de Arrendamiento de Vivienda, el consignante indicará su nombre y apellido, el carácter con que actúa, así como la identificación completa y la dirección de la persona natural o jurídica en cuyo favor consigna, las referencias del inmueble, el monto del canon de arrendamiento mensual y el motivo por el cual efectúa la consignación.”

“Del certificado electrónico de consignación

Artículo 70. La Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda, deberá emitir certificado electrónico a favor del arrendatario consignante, que dé constancia de su solvencia; situación que deberá ser prevista en la plataforma tecnológica del sistema automatizado.”

En consecuencia, cuando la consignación se ha presentado en los tribunales éstos han declarado su falta de jurisdicción y así lo ha confirmado la sala político administrativa¹⁶. De nuevo se trata de potestades claramente regladas donde no está dada a la administración ninguna libertad para decidir la aceptación de los cánones correspondientes, al punto de que esa recepción se realiza electrónicamente, sin participación humana, lo que es la confirmación inequívoca de su carácter reglado.

En todos estos casos, como vimos que ordena el CPC, el juez de oficio, aunque no lo solicite la Administración u otro interesado, debe suspender el proceso y remitir los autos a la Sala Político Administrativa, planteándose la correspondiente regulación de jurisdicción.

16 V. gr. sentencia del TSJ-SPA 00567/2013 de 04-06-2013.

Este espiguelo por los casos más comunes de falta de jurisdicción frente a la Administración Pública, ha mostrado únicamente los supuestos de ausencia de jurisdicción de los tribunales en caso de ejercicio de potestades regladas. Es decir, que luego de dictado el acto en ejercicio de una de ellas (por ejemplo, calificar o no el despido sometido a competencia de las autoridades administrativas del trabajo), los tribunales contenciosos tienen jurisdicción para conocer de las acciones que se intenten contra él, básicamente la de nulidad. He llamado relativo a este primer caso de falta de jurisdicción porque se refiere exclusivamente al primer ejercicio de la potestad administrativa, que nunca puede ser desempeñado por el Poder Judicial (queda a salvo el caso de las acciones por abstención).

Entonces, *quid iuris* en el caso de nulidades ejercidas contra actos discrecionales? ¿Cómo es la falta de jurisdicción en esos casos?

Como vimos, se trata de un plus de falta de jurisdicción, porque ya no se trata simplemente del evento de que los tribunales carezcan de ella frente al ejercicio de una potestad reglada, caso éste en que luego de ejercida sí la tienen para conocer de las pretensiones contra los actos dictados con su base. En los casos de potestades discrecionales, tampoco la tienen en este segundo supuesto, es decir, luego de dictado el acto discrecional correspondiente en lo que tiene de discrecional.

Ejemplo de manual, ya mencionado: el nombramiento de funcionarios de libre nombramiento y remoción. La norma pertinente de la Ley de Estatuto de la Función Pública establece:

Artículo 19. Los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública serán de carrera o de libre nombramiento y remoción. Serán funcionarios o funcionarias de carrera, quienes, habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, presten servicios remu-

nerado y con carácter permanente. Serán funcionarios o funcionarias de libre nombramiento y remoción aquellos que son nombrados y removidos libremente de sus cargos sin otras limitaciones que las establecidas en esta Ley (resaltado mío).

Se trata sin duda de una potestad discrecional. Por lo tanto, en el supuesto de un recurso intentado contra actos dictados con base en esa potestad de nombramiento de funcionarios de libre designación que pretenda en definitiva el ejercicio de ese poder discrecional en lo que tiene de discrecional, los tribunales carecen de jurisdicción y así debe ser declarado a solicitud de parte, normalmente la propia administración, o cualquier otro interesado, de acuerdo con las normas mencionadas y copiadas del CPC.

Esta es la solución de principio, porque volviendo a las consideraciones iniciales, si bien es cierto que los tribunales, para ejercer sus potestades frente a lo irreductiblemente discrecional de una potestad discrecional, en el ejemplo la designación del funcionario de libre nombramiento y remoción, carece de jurisdicción, en cambio sí la tienen para anular el acto de que se trate con base en los elementos reglados de esa potestad (la negativa se basa en falsedades como en el caso de *Depositaria Judicial*, por ejemplo).

Ciertamente una decisión tal no satisface la pretensión del recurrente si ésta fuese obtener el nombramiento, como es el caso normalmente, pero, aunque no lo haga, sí permite reabrir el procedimiento administrativo correspondiente y otorga así una expectativa de derecho al recurrente, que sin duda es una posición mejor que la mera negativa.

Pero todo esto sigue estando en el mundo del control de lo reglado de los actos administrativos. Por lo tanto, es necesario ir más allá, revisar esa opción y analizar si puede existir algo

así como un control judicial de los discrecional *qua* discrecional.

Antes verifiquemos la constitucionalidad de la reapertura del procedimiento administrativo mediante la nulidad de un acto discrecional con base en sus elementos reglados. Como dijimos, si bien es cierto que esa reapertura representa una posición más favorable al demandante que la mera negativa, si la verdadera pretensión de este es el ejercicio de la potestad discrecional en un determinado sentido, nunca podrá ser satisfecha por el juez porque éste carecería de jurisdicción.

En mi opinión, en este caso el juez contencioso debe considerar el grado de probabilidad¹⁷ de que anulado el acto, la administración pueda en la nueva decisión solicitada por el demandante victorioso ejercer su discrecionalidad de modo de satisfacer su pretensión. Sólo en caso de que exista una probabilidad real de que el particular obtenga en vía administrativa lo que pretendía en la judicial y que previamente le había sido negado, debería el juez admitir el recurso y continuar el procedimiento hasta sentencia definitiva. De lo contrario debe

17 En un sistema distinto al continental del que somos tributarios se encuentra lo que a mi ver es un trato justo y preciso del oficio judicial frente a la discrecionalidad. Se trata de la *Senior Courts Act* del Reino Unido (2015), sección 31. *“Similar provisions have been introduced into section 31 on the question whether permission to bring a claim for judicial review (still referred to in the statute as “leave”) should be granted: “(3C) When considering whether to grant leave to make an application for judicial review, the High Court – (a) may of its own motion consider whether the outcome for the applicant would have been substantially different if the conduct complained of had not occurred, and (b) must consider that question if the defendant asks it to do so. (3D) If, on considering that question, it appears to the High Court to be highly likely that the outcome for the applicant would not have been substantially different, the court must refuse to grant leave”* (resaltado mío). V. la sentencia de la Corte de Apelaciones (División Civil) de 27-02-2020, que suspendió la construcción de la nueva etapa del aeropuerto de Londres (Heathrow) <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/02/Heathrow-judgment-on-planning-issues-27-February-2020.pdf>, a mi ver una pieza magistral del manejo judicial de la discrecionalidad administrativa.

abrir de oficio el procedimiento de regulación de jurisdicción y remitir los autos a la sala político-administrativa.

Este camino tiene inclusive la ventaja de que la decisión final sobre la recurribilidad del acto en cuestión correspondería a la cúspide de la jurisdicción contenciosa y sería más fácil mantener la unidad de la jurisprudencia. Se armoniza además el derecho de acceso a la justicia con la tutela judicial efectiva, pues sin cerrar de plano la vía judicial, se establece una razonable posibilidad de la reapertura de la vía administrativa y se respeta la discrecionalidad de la Administración.