

“margen de apreciación” es incontrolable<sup>80</sup>. Tal conclusión me parece contradictoria en razón de que si no hay discrecionalidad no tiene sentido excluir el control, al presuponer la naturaleza conocitiva de la problemática en cuestión.

Si en verdad existe un “margen de apreciación” significa que hay un espacio de libertad —elección volitiva o valorativa— aunque sea reducido, por lo que la presencia de la discrecionalidad parece indiscutible. Ésta surge después de decantar exhaustivamente todo lo que puede ser comprobado empíricamente y objetivado conforme a pautas regladas.

En vez de afirmarse que el procedimiento administrativo es de orden conocitivo salvo casos excepcionales, se debería decir que es “gradualmente objetivo y subjetivo”.

Sostiene Mozo Seoane<sup>81</sup> que todo problema de interpretación legal es función jurídica, por lo cual la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, incluidos los conceptos de valor, en tanto actos de conocimiento, corresponde a los órganos judiciales, y que en caso de dificultad es preferible el arbitrio del juez.

Pienso, al contrario, que los casos límite no pueden ser remitidos al “tacto judicial” en forma lisa y llana porque en algunos casos esto podría implicar el gobierno de los jueces, no de quienes constitucional y democráticamente deben hacerlo, en función de todo lo desarrollado precedentemente.

No es la indeterminación de la norma la que admite la presencia de un momento discrecional, sino la indeterminabilidad del fenómeno o situación real a subsumir.

<sup>80</sup> K. Ule, *La ley del 21 de enero de 1960, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, “D.A.”, 1964, n.º 73, p. 32.

<sup>81</sup> Mozo Seoane, *La discrecionalidad de la administración pública en España*, ob. cit., ps. 385 y ss. Ver también: B. Gambier, *El concepto oferta más conveniente en el proced. licitatorio público (la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el concepto jurídico)*, en “L.L.”, 1988-D-744.

Distinto es el supuesto cuando el juez penal o el de faltas deben —por ejemplo— definir con exactitud si un hecho es “inmoral” u “obsceno” (a veces puede ser inmoral pero no obsceno). En efecto, el orden jurídico quiere que tal imprecisión la dirima el propio juez, mediante sus herramientas interpretativas que no buscan la conveniencia sino lo más justo.

En síntesis, en todos los casos se quiere una solución correcta, sólo que para llegar a ella se puede utilizar facultades regladas, pautas objetivas, e incluso modalidades discrecionales.

Que se pretenda una solución correcta no presupone necesariamente que sólo exista una. La palmaria realidad se encarga de demostrarlo: puede haber una o varias, según el supuesto concreto.

Cuidado entonces con confundir el silogismo judicial con el administrativo. Al juez institucionalmente se le exige arribar y considerar como tal sólo a una solución justa. El administrador, en cambio, debe llegar a una solución conveniente y ajustada a derecho: si sólo existe una, deberá escogerla; si existen varias, tendrá que elegir una.

#### B) *Oferta más conveniente.*

En primer lugar, considero oportuno repasar brevemente la jurisprudencia que parece más interesante sobre el tema.

Nos recuerda, acertadamente, el Tribunal Supremo español, en cuanto a las características generales en materia de selección de contratistas, que:

“No está de más resaltar que en materia de concursos la administración no queda obligada a concluir indefectiblemente el contrato desde el momento que la elección de otro cocontratante es, en principio, el resultado del ejercicio de una potestad discrecional, aunque dentro del cauce establecido; esto es, la ad-

ministración se reserva la facultad de emitir o no su aceptación, ya que lejos de verse obligada a aceptar la propuesta más favorable se atribuye una potestad de examen y apreciación, tan amplia como sea menester, para determinar en último término si es o no conveniente para el ente público la celebración del contrato. En definitiva, el concurso como sistema de selección supone una invitación de la administración a que se le presenten ofertas de contrato, pudiendo aceptarlas o rechazarlas, a no venir, anticipadamente, vinculadas, ya que aunque algunos licitadores cumplieren el pliego, la administración sigue teniendo facultad, discrecional en cuanto a la adjudicación, admitiéndose incluso la facultad de declarar desiertos los concursos aun cuando hayan acudido licitadores aptos<sup>82</sup>.

Sobre el valor relativo del menor precio ha sostenido claramente la jurisprudencia argentina:

“No cabe duda que el menor precio constituye un dato inestimable en miras a valorar esa conveniencia, pero no siendo el único, la administración, en determinadas ocasiones, puede prescindir de ese parámetro como elemento decisorio de selección. Sin embargo, es necesario que el comitente exprese, siempre y fundadamente, cuáles han sido las circunstancias que lo llevaron a apartarse del precio más bajo. Ello así, desde que los contratos se celebran para cumplirse y el Estado debe formalizarlos con quien o quienes demuestren el máximo de garantía de cumplimiento (cfr. Fernando Mó, *Régimen legal de las obras públicas*, Depalma, 1977, p. 168). En igual sentido, este cuerpo ha considerado anteriormente que en todo acto licitatorio realizado bajo las previsiones de la ley 13.067, la adjudicación recaerá siempre

sobre la propuesta más conveniente, siendo conforme con las condiciones de la licitación. En la determinación de la conveniencia pueden incidir diversos factores relativos a precios, plazos y circunstancias, algunas de ponderación subjetiva, cuya razonable evaluación por parte de la autoridad competente para su juzgamiento y decisión hace posible, bajo su exclusiva responsabilidad, resolver en cuanto a las ofertas más ventajosas para el Estado (comunicación 237, D.A., 2213). No siendo entonces del resorte de este tribunal la merituación sustantiva de los factores técnicos o extrajurídicos que puedan determinar la conveniencia de una propuesta o inclinar la voluntad adjudicatoria, sólo cabe enfatizar que el apartamiento de la ventaja económica que sin duda aporta la oferta de precio inferior, exige como fundamento objetivo la presencia balanceadora de elementos ponderables de idéntico peso. En materia de obra pública la curva o plan de inversiones de cada empresa asume una relevancia incuestionable en la valoración de la conveniencia de sus ofertas, dada la directa influencia que ejerce en la cuantificación de los mayores costos abonables en el curso de la obra. Son éstos, por su parte, los que marcan la diferencia real entre las propuestas, toda vez que las características inflacionarias de nuestra economía llevan a que, de ordinario, esos importes superen con creces a los montos nominales. De lo dicho se sigue que en el régimen que nos ocupa es el «costo final de la obra», el valor que merecerá rescatarse como criterio de selección del cocontratante, por ser éste el que mejor se concilia con el instituto fin del proceso licitatorio<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> Sent. del Trib. Supremo español del 5 de febrero de 1979, Rep. 587, “Rev. Adm. Públ. Esp.”, t. 90 (set.-dic. 1979, p. 233).

<sup>83</sup> Providencia D.G.F.C.E., Régimen de la Adm. Públ., Ed. Ciencias de la Administración S.R.L., n° 73 de 1985, p. 94.

Quizá el derecho italiano es el que analiza con mayor profundidad esta temática: esto justifica la atención preferente que concedo a su jurisprudencia y régimen normativo.

El Consejo de Estado<sup>84</sup> considera que el factor económico asume una relevancia determinante sólo en el caso de que entre varias ofertas haya igualdad, o bien una diversidad funcional no muy marcada, mientras que en los otros casos es decisivo el elemento técnico, siendo ante todo indispensable que las obras para las cuales se recurre a la licitación sean las más idóneas para el fin establecido.

El art. 24 de la ley 584, modificada por la 687 del 8 de octubre de 1984, dispone que los contratos de obra pública cuyo importe supere el billón de liras, serán adjudicados a la oferta económicamente más ventajosa, previa consideración de los siguientes elementos: término de ejecución, costo de utilización, rendimiento y valor técnico de la obra que los oferentes se obligan a ejecutar. En los pliegos respectivos hay que mencionar los elementos de valoración a ser aplicados separada o conjuntamente en orden decreciente según la importancia atribuida a cada uno.

Los más recientes pronunciamientos jurisdiccionales parecen inclinarse por otorgar mayor discrecionalidad, tanto en la identificación de las personas o empresas que la administración considere con mayores garantías para realizar las obras, como en la valoración de las ofertas individuales bajo el perfil técnico y económico<sup>85</sup>.

No obstante, esta jurisprudencia presupone que los criterios de valoración de los proyectos sean determinados de antemano y que los juicios que en su consecuencia se realicen, aseguren la mayor objetividad posible, la imparcialidad y la transparencia.

En 1986 el Consejo de Estado italiano<sup>86</sup> ha declarado ilegítimo el procedimiento licitatorio y la adjudicación efectuada por no haberse respetado el procedimiento que impone la observancia de una misma metodología de evaluación respecto de la totalidad de los oferentes. Se entendió vulnerado el principio de igualdad, e incorrectamente ejercida la discrecionalidad.

Parece evidente, de esta evolución normativa y jurisprudencial, que el momento más importante en cuanto a la cuantificación de la discrecionalidad necesaria para elegir el mejor oferente, se halla más en la fase de preparación de los pliegos y normas secundarias (que prescriben los criterios de valoración con un orden de preferencias claramente establecidos), que en la etapa de apreciación de las ofertas, previa a la adjudicación.

Estoy convencido de que los dispositivos legales y reglamentarios en materia de contrataciones del Estado deben precisar con mayor claridad las características de la "mejor oferta". No basta con decir que es "la más ventajosa", por la amplitud de tal concepto, que alude tanto al precio más bajo como a la mejor provista de otros elementos cualificantes y garantísticos, aspectos que muchas veces no concilian en la práctica. Quizá debería determinarse, en virtud del tipo de contratación a realizar, en qué casos la mejor propuesta es la de menor precio y en cuáles los otros factores se imponen. Si lo adecuado es una combinación de ambos, es conveniente expresar las prioridades y mecanismos necesarios para asegurar la armonía de estos componentes.

Es obvio que la discrecionalidad no interviene cuando la economicidad del precio es el factor gravitante; en cambio, puede estar presente al apreciar los elementos cualificantes, planes de avance, patrimonio de las empresas, antecedentes y experiencias en la especialidad, programas de inversión, cantidad de personal, etc.

<sup>84</sup> Cons. Stato, 1971, 1062, I, Sez. V, n° 473 del 8 de junio de 1971.

<sup>85</sup> TAR Abruzzo, "L'Aquila", n° 58 del 14 febrero 1979, en "Trib. Adm. Reg.", 1979, ps. 1299 y ss.

<sup>86</sup> Cons. Stato, 397 de 1986.

A tal fin, considero útil el diseño propuesto en los puntos anteriores, para distinguir el límite entre lo vinculado y lo discrecional, pero siempre buscando una adecuada convivencia entre ambos aspectos, porque es tan importante el juicio objetivable, como el subjetivo que trasunta una ponderación razonable.

### C) *Juicios médicos.*

La salud es una situación empírica cuya verificación y apreciación debe ser realizada por un profesional, siguiendo las reglas de su arte. Puede elegir las metodologías que estime adecuadas, para lo cual tiene pequeños márgenes discrecionales.

Sobre la composición de los integrantes de un concurso para un hospital, ha expresado la jurisprudencia:

“si el juez administrativo no puede invadir el campo de las valoraciones técnico-discrecionales de la administración pública, sustituyendo su propio juicio por el de los organismos administrativos en un campo exquisitamente técnico y especializado, no por ello deja de investigar los límites dentro de los cuales la valoración de la afinidad de las materias es remitida a la administración pública”<sup>87</sup>.

También se ha señalado que

“la determinación del grado de incapacidad comporta el resultado de un iter lógico debidamente fundado a través de una metodología científica consolidada que permita al juzgador su revisión judicial por medio de la apreciación y valoración de la totalidad de las probanzas de autos, conforme las reglas de la lógica y de la sana crítica racional. Su valoración depende en primer lugar de la fecha en que la pericia fue verificada. Las mismas deben analizar las con-

<sup>87</sup> Cons. Stato, V sez., 11 abril 1959, n° 186, “Foro Amm.”, 1959, 325.

diciones incapacitantes a la fecha del acto cuestionado, ya que contemporalizarlas a la actualidad de los peritajes, descalifica su valor ante el juzgador por cuanto se está atacando o defendiendo una valoración efectuada en determinada época y referida a una patología que con el tiempo puede evolucionar agravándose o teniendo una remisión. Por otra parte, debe tenerse en cuenta... la fundamentación de los métodos aplicados para precisar los porcentajes de incapacidad adjudicados. La ligereza en ello puede trasuntar apreciaciones poco serias o realizadas superficialmente, lo cual le resta credibilidad y sustento científico”<sup>88</sup>.

“El tribunal no se halla vinculado para determinar la idoneidad física para el desempeño de funciones públicas a un informe concreto, sino que puede, tras examinar todos los informes obrantes en autos, resolver según las reglas de la sana crítica”<sup>89</sup>.

Es menester analizar toda la prueba, evaluar la metodología empleada, su fundamentación, profundizar sus divergencias y en definitiva decidir a la luz de las reglas de la sana crítica racional. La zona de penumbra cuya opinabilidad resulta indudable de la secuencia referida, confiere un margen de apreciación en favor de la administración, siempre que esté avalada técnicamente en forma suficiente.

Cabe señalar que dentro de la apreciación entran meras voliciones y juicios intelectivos, por lo cual es necesario establecer diferencias. Este aspecto es uno de los puntos más criticados de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, que no ha conseguido aclarar tal cuestión.

<sup>88</sup> Cám. Cont. Adn., 1ª Nom., de la Prov. de Cba., sent. del 27 febrero 1991, “Cocetti, Ezio, c. Caja de Jubilaciones de Córdoba”. Jueces: Domingo Sesin, Ricardo Molina y Licia Carranza.

<sup>89</sup> Sent. del Trib. Supremo español del 14 febrero 1986, Sala 5ª, “Rev. Adm. Públ. Esp.”, n° 110 (mayo-agosto 1986), p. 324.