Mendoza Legal # Revista del Colegio de Abogados y Procuradores de la Primera Circunscripción Judicial – Mendoza
ISSN 2718-7667 / www.mendozalegal.com / contacto@mendozalegal.com

DOCTRINA

FEBRERO DE 2023

Facultades discrecionales y oportunidad, mérito o conveniencia. Dos caras de la misma moneda

Las facultades del funcionario público sobre cómo abordar la toma de decisiones en la administración pública, sea antes de la elaboración del acto administrativo o con posterioridad al mismo y su eventual revisión judicial, es el tema que se analiza desde la doctrina y los antecedentes jurisprudenciales a nivel provincial.

POR ARIEL LEANDRO TOGNO ZULLIGER

Abogado, Miembro de la Comisión de Derecho Administrativo
del Colegio de Abogados y Procuradores
de la Primera Circunscripción judicial – Mendoza.

"Lo correcto es lo correcto, aunque no lo haga nadie.
Lo que está mal está mal, aunque todo el mundo se equivoque al respecto".
G. K. CHESTERTON

Introducción

Este artículo versa sobre la toma de decisiones en ejercicio de la función administrativa para distinguir en donde se ubica el análisis del funcionario público al momento de decidir respecto de una cuestión suscitada a su leal saber y entender. Toda vez que son varios los operadores del Derecho a quienes les resulta difícil apreciar debidamente dichos institutos fundamentales del Derecho Administrativo, y que son propios de la Jurisdicción del Poder Ejecutivo, ello conlleva en cierto modo a la inseguridad jurídica y al avasallamiento de las distintas funciones del Poder.

Antecedentes

Desde un principio la discrecionalidad fue equiparada a los actos de imperio, respecto de los cuales no se admitía el sometimiento a revisión judicial. Posteriormente, fue en el Consejo de Estado francés donde fueron evolucionando las técnicas jurídicas de reducción del dogma de discrecionalidad. En primer lugar, el de control de los elementos reglados del acto; en segundo lugar, el control de los hechos determinantes del acto y, en un tercer momento, la aplicación de los principios generales del derecho como técnica de reducción de la discrecionalidad, haciendo hincapié en la proporcionalidad y razonabilidad.

Estos antecedentes a nivel mundial ponen límites a la acción de gobierno del Poder Ejecutivo

y limitan su poder de imperio sobre los administrados o, mejor dicho, sobre los ciudadanos como concepto más amplio y menos discriminativo.

En Argentina hay innumerables fallos y antecedentes sobre control de discrecionalidad de la acción de gobierno que moldean y construyen el sistema actual de decisión administrativa. Un antecedente destacado a nivel Nacional fue el caso "Demchenko"[1] en el cual el Tribunal Supremo avanzó un poco más allá y confirmó una sentencia que redujo una multa y argumentó que:

> "... la corrección judicial del exceso de la multa impuesta a un administrado no descalifica la sentencia, pues hace a la proporcionalidad entre la medida y la finalidad de prevención y punición de la ley y no sobre razones de mérito".

Otro antecedente es el fallo "Scarpa", en el cual el Supremo Tribunal de la Nación resolvió que no podía sostenerse válidamente que el ejercicio de facultades discrecionales por parte de un órgano administrativo, para remover a una persona del cargo para el cual había sido designada, aun con carácter transitorio o precario, lo exima de cumplir con los recaudos que para todo acto administrativo.

El Juez Carlos Rosenkrantz señaló que la actora había sido designada en un cargo de carácter precario lo cual permitía revocar esa designación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Por lo tanto, estimó que si bien la administración debía fundar la decisión adoptada no correspondía a los jueces revisar si ese fundamento resultaba suficiente o insuficiente pues ello implicaría darles la potestad de sustituir las funciones que el ordenamiento jurídico había asignado a otro poder del Estado.

De manera anticipada, adhiero en este caso al voto del Juez Rosenkrantz, por razones que a lo extenso de este artículo se expone.

Discrecionalidad

En primer lugar se debe analizar la definición de discrecionalidad. En palabras de la Dra. Andrea M. Orihuela,:

> "Discrecional: es aquello realizado en forma libre y prudencial. Se denomina así a la actividad administrativa que no está predeterminada por una norma jurídica, sino que está determinada por la finalidad legal a cumplir y cuyo fin es darle al órgano, libertad para que elija, por ejemplo, la forma de realizar una determinada cosa (ya que es imposible para el legislador prever todos los elementos concretos que llevan a que la Administración tome una decisión). La Administración por medio de este poder discrecional, puede celebrar contratos y demás actividades en donde no hay una ley que impone una obligación (es el marco de libertad o atribuciones que se le da a la Administración, a diferencia del poder reglado en donde hay

1 http://www.saij.gob.ar/doctrinaprint/dacf140383-gusman-nuevas_reflexiones_sobre_revision.htm

una norma que lo predetermina). Actualmente, todas las decisiones administrativas tienen algún contenido discrecional"[2].

Según ese criterio, la discrecionalidad es la facultad de decisión atribuida legalmente que puede tomar el funcionario público para dirigir de manera correcta la acción de gobierno; alude a la libertad del mismo (atribución para resolver tal cuestión y de tal manera). Cabe destacar que esta decisión será previa a dictar una decisión administrativa, es decir, la razonabilidad del accionar administrativo previo a ponerlo en marcha.

La discrecionalidad de la Administración Pública puede ser revisada posteriormente por la autoridad jurisdiccional, es decir, que el juez sólo tiene un control de "legalidad", traducido en el caso concreto en una facultad limitada a velar por la razonabilidad y proporcionalidad sin poder en ningún caso modificar dicha decisión administrativa, ya que esto se entendería como penetrar dentro de las facultades propias de la Administración Pública, lo cual atenta contra el principio fundamental de división de poderes consagrado en el artículo 1 de nuestra Carta Magna.

En el régimen disciplinario, la discrecionalidad se puede observar desde un aspecto más práctico. En este sentido Cassagne sostiene que:

> "La administración no puede caer en conductas arbitrarias si ejerce sus facultades discrecionales, pues es justamente la razonabilidad con que se ejercen estas facultades , (la que comprende la valoración de adecuación y proporcionalidad entre la falta cometida , la sanción imputada y su finalidad) el principio que otorga validez a las sanciones administrativas dictadas por la administración pública y que permite a los jueces verificar el cumplimiento de dichos presupuestos.- Lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario y significa conforme a la razón, justo , moderado, prudente todo lo que nos dicte el sentido común"3.

También se ha dicho que:

> "La legitimidad constituida por la legalidad y la razonabilidad con la que se ejercen estas facultades por parte de la Administración Pública es el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces ante planteos concretos de partes interesadas verificar el cumplimiento de dichas exigencias sin que ello implique la violación del principio de división de poderes que consagra la CN"[4].

---

2 Orihuela, Andrea M. (2017). *Diccionario Jurídico*. 4ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Estudio.

3 Cassagne, Juan Carlos. La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial,.pdf

4 Doctrina de Fallos: 307; 639

Se puede decir que el juez debe velar por los principios generales del derecho administrativo, por los Tratados de Derechos Humanos, principios y garantías constitucionales. En el caso de sanciones administrativas el juez, al momento de observar la sanción, debe analizar si el hecho imputado guarda estricta relación con la proporcionalidad y gravedad de la sanción, a fin de que la misma no sea inválida por arbitrariedad (por ejemplo, en Mendoza "régimen disciplinario", legislado en la Ley 9103, establece la "naturaleza y gravedad de la falta" a los fines de interpretar la gravedad de la sanción).

En definitiva, si no hay proporcionalidad entre la conducta y la sanción, la misma carece de razonabilidad y el rol del Juez deberá ser entre los ya mencionados, el de verificar la función de la Administración en su actividad reglada. Para llevar a cabo la graduación de la sanción, la misma deberá realizarse "mediante la aplicación de criterios de proporcionalidad valorados en relación con el caso concreto"[5].

Oportunidad, mérito o conveniencia

Cuando en materia de Derecho Administrativo nos referimos a las expresiones oportunidad, mérito y conveniencia, lo primero que se nos representa es el criterio de aquellas atribuciones, facultades o potestades o, al menos, a las ejercidas con ese carácter y como consecuencia de ello.

En términos simples, es conveniente examinar los términos utilizados para definir la utilidad pública[6]:

Oportunidad: f. Sazón, coyuntura, conveniencia de tiempo y de lugar. En relación con ello, podemos decir que oportunamente significa convenientemente, a su tiempo y sazón;

Mérito: 1 Hablando de cosas, lo que hace que tengan valor. Méritos del proceso. Der. Conjunto de pruebas y razones que resultan de él y sirven al juez para dar su fallo;

Conveniencia: 1. Correlación y conformidad entre dos cosas distintas. 2. Utilidad, provecho;

Conveniente: (adj) Útil, oportuno, provechoso.

¿En qué consiste el criterio de oportunidad o mérito? Carlos Balbín, sostiene que:

> "... el concepto de oportunidad o mérito es el modo en que el Ejecutivo decide interpretar y rellenar el concepto de interés público en el marco del caso concreto, ya definido por el Legislador en términos más abstractos a través del bloque de legalidad"[7].

---

5 González Rivas, J. J. *(1994)* "Las sanciones administrativas en la doctrina jurisprudencial del tribunal constitucional", del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia. Madrid, Actualidad, pg. 57.

6 *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española, 21ª edición.

7 Balbín, Carlos *(2015). Manual de derecho administrativo.* 3ª ed ampliada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, pág.150.

La diferencia con la Discrecionalidad es que, la Oportunidad, Merito o Conveniencia, es un análisis posterior a la emisión de la decisión administrativa, momento en el cual una decisión administrativa podría tomar distintos cursos.

Otro aspecto de la Oportunidad, Mérito o Conveniencia es que se encuentra en una esfera de la materia administrativa que no es revisable por el órgano jurisdiccional. Esto encuentra su razón en que caso contrario, el órgano jurisdiccional se estaría entrometiendo en cuestiones relativas al Poder Ejecutivo atentando así contra el principio de división de poderes.

La Suprema Corte de la Provincia de Mendoza ha resuelto:

"Los jueces no pueden decidir la factibilidad o conveniencia de asignar recursos públicos a ciertas áreas, puesto que, superado el piso inderogable tutelado por el ordenamiento jurídico constitucional, ésta es una función primordialmente reservada al Poder Legislativo al sancionar la Ley de Presupuesto y al Poder Ejecutivo al poner en práctica sus lineamientos"[8].

En la Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza N° 9003, se contempla como una excepción a la Estabilidad del Acto Administrativo, la Revocación del Acto por Oportunidad Mérito o Conveniencia (Art. 97 inc. b) la cual deberá ser fundada y otorgar un plazo prudencial para su cumplimiento (Art. 101 inc. a).

En cuanto a la extensión de la indemnización en tales supuestos, interpretamos que la indemnización debe ser plena. Llegamos a esa conclusión al advertir que la nueva ley no contiene limitación al daño emergente que expresamente contemplaba la Ley 3909, razón por la cual no corresponde hacer distinciones, solución que favorece una indemnización justa e integral[9].

Conclusiones

En la actualidad, son muchos los profesionales del derecho y operadores jurídicos que les es difícil poder discernir entre los conceptos objeto de análisis del presente artículo, a punto tal de confundirlos en algunas situaciones.

A modo de ejemplo, cito casos de autores reconocidos en el orden nacional que sostienen tesis en las que discrecionalidad y oportunidad, mérito o conveniencia parecieran ser un mismo análisis o un análisis dentro de otro.

Carlos Balbín expone:

> "¿Cuál es el criterio que debe seguir el Ejecutivo para ejercer sus facultades discrecionales? Ante todo, ya sabemos que no es el estándar normativo específico y preciso porque justamente el ordenamiento jurídico dejó en manos de aquél la elección entre diferentes soluciones plausibles.

---

8 Expte.: 13-00712359-5/1 - Municipalidad de la ciudad de mendoza en j° 012022-118085 Panasiti, Enrique Alberto y ots. C/ Gobierno de Mendoza y, Munic. De la Cdad. De Mza. S/ accion de amparo p/ rec. Ext. De inconstit-casacion

9 Ismael Farrando, Monica Buj Monter, Daniel Gómez Sanchis (2019). *Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza: ley n°* 9003. 1ª ed. Mendoza: ASC, pág. 266.

> La discrecionalidad y la oportunidad son dos categorías fuertemente entrelazadas y casi imposibles de escindir en términos lógicos y prácticos. ¿Por qué? Porque una vez que nos ubicamos en el campo de la discrecionalidad y que, por tanto, el Poder Ejecutivo puede elegir legítimamente entre dos o más opciones igualmente válidas, el criterio o móvil de aquél para resolver el caso es el mérito u oportunidad. Este es el motivo por el cual el Poder Ejecutivo decide, en el caso concreto y singular, de un modo y no de otro.
>
> Por ello insistimos, el carácter discrecional es la posibilidad del Ejecutivo de optar entre dos o más soluciones plausibles jurídicamente y el criterio de oportunidad o mérito es el motivo por el cual aquél, en el caso puntual, eligió esa solución entre varias posibles"[10] .

Esta Tesis en particular es insostenible, ya que dentro de una misma situación aplica ambos institutos para resolver una misma situación en un mismo momento. De tomar virtud de aplicación dicha tesis, no cabría un análisis por parte del Poder Ejecutivo, de manera posterior a la toma de decisión y los institutos de revocación por oportunidad, merito o conveniencia en cierto modo caería en desuso por resultar inaplicables de manera práctica.

A lo expuesto cabe sumar que dicha respuesta del autor, nos llevaría de manera indudable a caer sobre un vacío o más bien en un error legal de la cual solo encontraría solución creando un nuevo instituto para aplicar el instituto mal interpretado.

Juan Carlos Cassagne a su vez expone:

> "En doctrina suele plantearse la asimilación entre discrecionalidad y oportunidad con el objeto de diferenciar el control de esta última del control de legalidad sobre los elementos reglados.
>
> Al respecto, las diferencias no son nítidas. No sólo es posible que la ley establezca la libertad de elección (discrecionalidad) en punto a materias regladas (v.g. la elección del tiempo para dictar los actos administrativos predeterminados en la norma) sino que, en ciertas ocasiones, la ley otorga a la Administración la opción de optar entre uno o varios supuestos reglados en su totalidad. A ello se suma la circunstancia, antes apuntada, de no existir actos absolutamente reglados ni totalmente discrecionales. Son como partes de un cúmulo de posibilidades cuyos elementos no están inmunes al control jurisdiccional por más competencia que posea la Administración para emitir los respectivos actos.
>
> Se ha dicho también que el dilema entre legalidad y oportunidad es un sofisma puro y simple y que, si bien la ley puede otorgar a la Administración tanta libertad como sea posible para cumplir con las finalidades de bien común que persigue, ella viene siempre condicionada por "el Derecho al que la Constitución somete plenamente la actuación administrativa". Una

10 Balbín, Carlos (2015). *Manual de derecho administrativo*. 3ª ed ampliada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, pág.150.

> conclusión semejante se impone entre nosotros dado que el ejercicio del poder discrecional se encuentra condicionado a su compatibilidad con las garantías, derechos y principios constitucionales"[11].

El autor, en este caso, pareciera inclinarse hacia una tesis similar a la de Carlos Balbín, en cuyo caso y tampoco sería práctica su aplicación y nos remitiría a que el Poder Judicial en caso de Revisión del Acto de Gobierno, se entrometa sobre Facultades Propias del Poder Ejecutivo asignadas Constitucionalmente y que por ende se encuentran dentro de su propia Jurisdicción. Esto quiere decir que nuestro sistema republicano de gobierno pasaría a ser un llamado "gobierno de los jueces", ya que los mismos no encontrarían límites legales en su revisión judicial y los mismos, podrían modificar la toma de decisión del gobierno y dirigir por el método de "Revisión Judicial" de manera indirecta la propia acción de gobierno.

Por lo expuesto, es importante destacar que la oportunidad, mérito, conveniencia debe ser en principio materia irrevisable por el Poder Judicial. Ya que la misma nos llevaría a inestabilidad política y constitucional.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿es totalmente imposible la revisión de la oportunidad, merito o conveniencia? Entiendo que no, ya que en el derecho siempre hay una regla y una excepción. ¿Cuál es la Excepción? Un control de razonabilidad.

En base al mencionado control de razonabilidad, en el fallo "Scarpa" donde se dispuso el cese de una interventora por razones de Servicio, que hacían conveniente el nombramiento de un nuevo interventor, Oscar Cuadros sostiene:

> "En el caso, el funcionario decisor resolvió dentro del marco de su jurisdicción lo que estimaba más conveniente y la deferencia judicial a tal respecto a tal respecto parece la decisión más equitativa. Ahora bien, otra cosa ocurriría si la pretensión de la actora exigiese un análisis de razonabilidad vista una denuncia de la arbitrariedad en la decisión del funcionario, por ejemplo, soportando probatoriamente que su remoción permitiría operaciones fraudulentas mediante la utilización ilegal del registro"[12].

Sobre esta postura, la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza ha resuelto:

> "La función jurisdiccional no puede interferir en el ejercicio de potestades de las otras autoridades de la República, salvo supuestos excepcionales de manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad, pues la misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado de modo de preservar el prestigio y la eficacia del control judicial evitando así enfrentamientos estériles"[13].

---

11 http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf

12 Cuadros, Oscar Álvaro. *Derecho Administrativo: Razonabilidad, gobierno y equidad*. Ed. Astrea, pág. 109-110.

13 Expte.: 92611 - Serrano, Jorge a. y ots. C/ Poder ejecutivo s/ accion de inconstitucionalidad. Fecha: 21/04/2010 – sentencia tribunal:

> "Cuando las fuerzas partidarias con representación parlamentaria deciden una política de estado, los jueces no pueden evaluar, pues se trata de medidas institucionales que por la misma Constitución le han sido reservada a los llamados poderes políticos del gobierno. Se trata de lo que en derecho público se denomina cuestión justiciable, por encontrarse excluida de la autoridad de los jueces y puesta en resorte exclusivo de los otros dos poderes. El principio de división de poderes, que consagra el art.1° de la Constitución Nacional es el que se encuentra en juego. De lo contrario, estaríamos ante el llamado gobierno de los jueces, o el ejercicio de facultades que la Carta Magna no le confiere al Poder Judicial" (Voto Dr. Nanclares)[14].

Adhiero al voto del Juez Nanclares, ya que resalta la clásica división de poderes del liberalismo clásico. La Constitución Nacional establece dos consideraciones importantes: por un lado, prohíbe a los funcionarios arrogarse prerrogativas o facultades que no les son propias y, por otro lado, prohíbe la delegación de facultades de uno de los poderes a otro. Dicha sanción es de nulidad. Tema muy discutido, ya que muchos doctrinarios (entre ellos Juan Fernando Armagnague) sostienen que dicha postura se debe a la preponderancia de civilistas que hubo en la Convención Constituyente.

Suprema Corte - sala n°1 magistrado/s: Nanclares-Kemelmajer-Romano ubicación: ls412-200.

14 Expte.: 66281 - Diaz Peralta, Joaquín F. Gobierno de la Provincia de Mendoza accion de inconstitucionalidad fecha: 15/03/2001 - Corte en pleno tribunal: Suprema Corte - Sala n° 2 magistrado/s: Nanclares - Kemelmajer - Romano - Moyano - Salvini - Böhm – Llorente ubicación: Ls300-091.