

# **BREVES ANOTACIONES ACERCA DEL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL SOBRE LA OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA DE LAS CONDUCTAS DE LA ADMINISTRACIÓN**

EDUARDO MERTEHIKIAN

## **I. EL ENCUADRE DE LA EXPOSICIÓN**

Dada la vastedad de las cuestiones involucradas y el limitado tiempo con el que cuento, me voy a circunscribir a señalar algunos de los aspectos que estimo imprescindibles para la mejor comprensión del problema a ser abordado, máxime teniendo en consideración que es bien conocido que el tema de esta exposición<sup>1</sup> radica en la necesidad de establecer la frontera entre aquellos comportamientos administrativos que son revisables judicialmente y los que se encuentran exentos del control judicial.

Sin ánimo de ser meramente conjetural, a mi modo de ver, el meollo de la cuestión podría resumirse en dos aspectos que, por su íntima conexión, estimo esenciales: a) el primero está referido a la naturaleza que se le atribuya al *proceso* administrativo; y b) el segundo es el alcance que se le asigne a la *presunción de legitimidad* de los actos administrativos, para cuyo abordaje no es inoficiosa –por guardar estrecha relación– la respuesta o posición que se adopte con relación al anterior aspecto.

## **II. LA NATURALEZA DEL PROCESO ADMINISTRATIVO**

Como referí precedentemente, el primero de esos aspectos es el relacionado con la naturaleza que se le asigne al *proceso* administrativo, el cual no se puede visualizar bajo el dogma de que se trata de un proceso *revisor* del acto o comportamiento

<sup>1</sup> Sobre el que existen muchos y muy sólidos aportes de parte de la doctrina científica, a los cuales poco puedo añadir.

administrativo –habida cuenta la manifiesta incompatibilidad de esa visión con el principio de la tutela judicial efectiva<sup>2</sup>–, sino como una verdadera acción (demanda) procesal en el sentido técnico estricto de dicha expresión, donde las partes frente al juez –en cuanto director del mismo y custodio final de la legalidad– se ubican (o deberían ubicarse) en paridad de situación y pleno equilibrio, y reconociendo que la función de aquél es hacer efectiva la *tutela judicial efectiva* y del principio de legalidad a través –en nuestro caso– de la búsqueda de la verdad material (Art. 1º, LPA) y no de la verdad meramente formal<sup>3</sup>.

En ese orden de razonamiento, llegará finalmente el tiempo en que se reconozca sin rodeos semánticos que las cuestiones que se ventilan y debaten en el *proceso* administrativo son fundamentalmente los *hechos del caso* y que la disputa no se centra o limita al examen del derecho aplicable y para reafirmarlo nunca sobra recordar que el Artículo 116 de la Constitución Nacional defiere al conocimiento de los jueces la decisión sobre *todas las causas* que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación y por los tratados celebrados con naciones extranjeras.

Como cita el Profesor Tawil<sup>4</sup>, las limitaciones al control judicial de la función administrativa obedecen, por lo general, a dos tipos de razones: 1) la argumentación sobre la base de la división de Poderes; y 2) la convicción de que los criterios políticos, como los medios técnicos son por naturaleza ajenos a la función jurisdiccional, por ser ajenos al ámbito estrictamente jurídico.

Esta visión, según él, supone entonces que el control judicial debe limitarse a lo jurídico y no a lo práctico o conveniente, y de lo cual cabría diferenciar el control de legalidad del control de legitimidad, concepto que supone la consideración no solamente de lo legal en términos objetivos formales, sino también de la justicia de la solución o de la ausencia de arbitrariedad.

## II.1. Precisiones terminológicas necesarias

En orden a la necesidad de precisar la terminología que se emplea en esta temática, parece un buen recurso –al menos inicial– acudir al significado que en el lenguaje común medio poseen algunas de las expresiones contenidas en el título<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 102.

<sup>3</sup> Tal es la posición que a este respecto adopte en un trabajo publicado con anterioridad y a cuyos fundamentos me remito (*vid.* “La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía de la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad”, en Cassagne, Juan Carlos (director), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2007, Capítulo Segundo, pp. 31-59.

<sup>4</sup> Cfr; del autor “El alcance del control judicial: Principales problemas que plantea”, en Cassagne, Juan Carlos (director) *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, *op. cit.*, T. I, pp. 485-538.

<sup>5</sup> Fuente: *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª edición.

Así las cosas, veamos qué significan los términos empleados:

- *control*: m. Comprobación, inspección, fiscalización, intervención.;
- *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*: 3. 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;
- *conducta* (s): f. Porte o manera con que los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones. 5. Gobierno, mando, guía, dirección.

De tal suerte, partiendo de esos significados, reconozcamos que cuando en nuestra disciplina aludimos a las expresiones *oportunidad*, *mérito* y *conveniencia*, lo primero que nos viene a la mente es el concepto de *atribuciones, facultades o potestades discrecionales*, o, al menos a las ejercidas con ese carácter y como consecuencia de ello, no revisables por principio por los órganos judiciales.

En efecto, configura un lugar común identificar esa terminología en nuestro medio al reconocimiento de *potestades o poderes discrecionalmente ejercidos* por parte de la Administración pública, lo cual –dicho sea– supone con carácter anterior y necesario el reconocimiento de qué potestades de tal naturaleza existen en cabeza de la propia Administración pública, pues sin duda ellas existen en el ámbito de la función legislativa, por cuanto el órgano que la ejercita cuenta con un expreso reconocimiento en el texto constitucional de tales atribuciones (*vid.*, Art. 75, inc. 32).

Ahora bien, como resultado del proceso de evolución del derecho, modernamente se acepta, sin mayores disensos, que la discrecionalidad administrativa importa para la Administración pública la posibilidad de adoptar de entre dos o más soluciones válidas e igualmente justas, aquella que satisfaga en “mayor” medida en el caso “singular” y “concreto” la finalidad de interés público que la norma atributiva de competencia ha tenido en vista al asignarla (arg. Art. 7º, inc. f), Ley Nº 19.549)<sup>6</sup>.

Es por ello que se tiene dicho que los conceptos de libre apreciación coinciden, en términos generales, con el ejercicio de la potestad discrecional<sup>7</sup>, siempre –claro está– que tales opciones existan, pues de lo contrario la decisión se limita a discernir que el supuesto previsto en la norma se encuentre verificado en el caso concreto.

<sup>6</sup> Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 90; García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1983, p. 48.

<sup>7</sup> Grecco, Carlos M., “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa”, en Muñoz, Guillermo Andrés y Greco, Carlos Manuel, *Fragmentos y Testimonios del derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, 1ª edición, Capítulo XIV, pp. 719-739, especialmente p. 728.

En este ámbito persuade la afirmación vertida por el Profesor español Luciano Parejo Alfonso, quien señala que, en rigor de verdad, “[...] la expresión ‘poder discrecional’ es redundante, por cuanto el adjetivo duplica el sustantivo al que pretende calificar (pues el poder discrecional tiende, por definición, a ser nudo poder, a no reconocer límites); y la evolución del derecho público, más concretamente del administrativo, se define por una situación inicial de exención del poder discrecional de todo control y una progresión ulterior en el desarrollo de éste, es decir, de la limitación (excepcionando la exención) de aquél [...]”<sup>8</sup>.

Como dice el Profesor Gordillo: “[...] las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es lo que el órgano debe hacer en el caso. Serán discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una y otra manera”<sup>9</sup>.

## II.2. La creación legal

Sin omitir que toda atribución de competencia al órgano administrativo importa, antes que ninguna otra cosa, el deber de obrar conforme a la finalidad dispuesta por la norma que la atribuyó y no a otra, pues de lo contrario el órgano administrativo incurriría en el vicio de la *desviación de poder* (Arts. 3 y 7º, inc. f), LPA), lo primero que quisiera rescatar es que las *potestades discrecionales* deben ser atribuidas por la ley con ese carácter, es decir que su existencia o reconocimiento no tienen un origen extra legal o autónomo tal como lo ha dicho nuestra Corte Suprema. En ese sentido, es imprescindible ser enfáticos en que no hay atribuciones discrecionales en el órgano administrativo si la ley no las ha conferido con ese carácter.

Tal es la doctrina expresada por la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal en el caso “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos” (23-6-1992; *Fallos*: 315:1361), plenamente vigente en este aspecto. En aquella ocasión se ha dejado sentado con claridad el criterio de que la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos sólo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por *la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la Administración con ese carácter*, presentándose así en toda ocasión como *libertad de apreciación legal, jamás extralegal o autónoma* (*vid.* Considerando 6º del voto mayoritario).

<sup>8</sup> Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 25.

<sup>9</sup> Cfr. Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, Parte General, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1997, 4ª edición, p. X-15.

Bastará citar que en el aludido precedente, la Corte Suprema ha dejado expuesto: “[...] en ocasiones, es el propio ordenamiento jurídico el que define la actuación administrativa en todos sus aspectos (poderes reglados o de aplicación legal automática), en otras autoriza –en el caso concreto– [...] para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)”.

De ello se deriva como consecuencia forzosa que el acto (lo cual vale también –según la LPA– para el contrato) no puede perseguir otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican su dictado, *su causa* y objeto.

### II.3. El fenómeno se presenta como un problema de grados

Rescatando nuevamente lo dicho por nuestra Corte Suprema Federal en el citado caso de *Fallos*: 315:1361, habrá que atender adecuadamente a que el fenómeno se presenta –en definitiva– como una *cuestión de grados*, ya que, en efecto, hay decisiones a las cuales la norma atributiva de competencia les asigna un grado mayor de discrecionalidad y hay decisiones con un menor grado de discrecionalidad, pero nunca de pura discrecionalidad; de manera tal que el *quid* del asunto está en que –como dice la Corte en el Considerando 10 de aquella decisión– la revisión de los actos discrecionales debe llevarse a cabo a través de sus elementos reglados, *competencia, forma, causa y finalidad*.

Resulta empíricamente comprobable que no existen en el ámbito de la función ejercida por la Administración pública actos puramente discrecionales, ni actos puramente reglados, pues como también lo ha señalado el Profesor Coviello<sup>10</sup>, el asunto que nos ocupa se presenta como un *fenómeno de grados*.

Todos aquí sabemos que la realidad es compleja y que en la mayoría de los casos no es fácilmente discernible la categoría a la que nos estamos enfrentando. De allí que para no perder el rumbo en el estrecho espacio de discernir cuándo nos encontramos frente a decisiones regladas y cuándo frente a comportamientos discrecionales y, consecuentemente, qué aspectos de esa conducta serían revisables por el órgano judicial y cuáles no, resulta determinante acudir al examen de la *causa* del acto o decisión de la Administración. En cuanto a este examen, no debe perderse de vista que en nuestro sistema legal, aquélla está configurada no sólo por los antecedentes de derecho, sino también por los antecedentes de hecho (Art. 7º, LPA).

<sup>10</sup> Vid. “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en AA VV, *Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009, 2ª edición, pp. 697-721, especialmente p. 706.

En este campo siempre me ha parecido muy convincente –admito que quizás sea por la influencia ejercida por el Profesor Barra, cuyo criterio se ve reflejado en el precedente judicial de la Corte Federal ya citado– la idea de la necesaria distinción entre los *elementos reglados* de la decisión administrativa de aquellos otros que pueden ser calificados como *elementos discrecionales* de aquélla, estando ambas, por ser parte de una misma *conducta*, sujetas al *control* judicial, pero con el límite de que la *intervención* del órgano judicial no puede sustituir la opción ejercida por el órgano controlado.

En ese orden de ideas, el ejemplo de la decisión de la Administración pública de celebrar un contrato para el cumplimiento de una finalidad de interés público o de interés administrativo me ha parecido siempre muy ilustrativo y didáctico. Sí la Administración pública decide, v. gr., construir una carretera, esa elección únicamente puede asentarse sobre la base de una previa comprobación de la existencia de una necesidad real (causa) y –a partir de allí– de que el medio escogido es el más *conveniente* –en el sentido expuesto de útil, oportuno y provechoso– para satisfacerla.

Una vez que escogió el medio para lograr satisfacción a dicha necesidad, todavía debe elegir cuál será el criterio de selección del colaborador (contratante) que habrá de emplear para definir al *más conveniente* o apto, y a partir de allí, el ejercicio de su conducta participará en menor medida de elementos discrecionales y en mayor medida de elementos reglados, tanto en lo relativo al proceso de perfeccionamiento del contrato (v. gr.; selección de la oferta más conveniente), como en su posterior ejecución (v. gr.; el cumplimiento estricto de sus obligaciones y la exigencia cierta de los compromisos asumidos frente a ella).

¿Es controlable judicialmente esta circunstancia? Yo, al menos, no tengo duda alguna, pues tal control se ejercerá a través de los medios que el derecho le provee; v. gr., el control de los elementos reglados, como dice la Corte, es decir, de la necesaria presencia de la *motivación* del acto administrativo, que –como todos sabemos a estas alturas– constituye la expresión concreta en el *caso dado* del elemento *causa* y que –como ya hemos definido– ésta es el conjunto de situaciones de hecho y de derecho que justifican adoptar esa decisión y no otra (Art. 7º, LPA)<sup>11</sup>.

### III. EL ALCANCE QUE SE LE ASIGNE A LA “PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD”

El segundo aspecto de los que he mencionado al comienzo es el relativo al alcance que se le asigne a la presunción de legalidad de los actos y comportamientos de la Administración.

<sup>11</sup> Véase en el sentido expresado el voto del Juez Daniel Soria en la Causa B. 62.241, “Zarlenga, Marcelo c/ Consejo de la Magistratura”, fallada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires el 27-12-2002 (JA, 2003-II-522).

Lo primero que hay que decir es que esta presunción admite prueba en contrario, en tanto que lo segundo que es dable remarcar es que esta presunción tiene fuente legal y no constitucional. Al contrario, cede frente a otras presunciones de tal naturaleza, como sucede, por ejemplo, con el principio de presunción de inocencia de aplicación directa en materia de sanciones administrativas.

En tercer lugar, si es cierto que el proceso administrativo se rige por idénticas reglas a las que gobiernan todo proceso judicial, quien alega los hechos que configuran el sustento de su *pretensión* tiene la carga de probarlos frente al juez y de esta carga no estará exenta la Administración pública, pues en tanto alegue la existencia del supuesto *de hecho* que configura la solución prevista en la ley, será ella la encargada de acreditar tal elemento de configuración.

Siempre es bueno retener las enseñanzas de los Profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, para quienes no cabe confundir la carga de impugnar que la presunción de verdad les impone a los administrados con la carga de acreditar, esto es, de alegar y probar, carga que también le incumbe a la Administración pública, pues –según ellos mismos expresamente lo citan– con el ejercicio concreto y oportuno de la carga de impugnar en tiempo dicha presunción agota sus efectos. De lo contrario, sería falaz la predicada igualdad que las partes poseen frente al juez en el proceso judicial.

Sucede que la exageración de esta presunción de validez pulverizaría el papel del juez, pues su tarea quedaría limitada a verificar la presencia formal de los elementos del acto y ante la mera invocación del ejercicio de una atribución discrecional debería inhibirse de seguir actuando, escenario manifiestamente inaceptable por inconstitucional. Si se mira bien el asunto, todos los elementos esenciales del acto no solamente están íntimamente vinculados, sino que además se alimentan recíprocamente: *competencia* y *finalidad* por una parte; *causa* y *motivo*, por la otra, todos ellos con el fin de exteriorizar (*forma*) un propósito, que no es otro que aquello que el acto decide (*objeto*), para lo cual debe cumplir con el *procedimiento* fijado por la ley, elemento que es siempre de carácter reglado.

Por ello me parece importante insistir en que el meollo del problema radica en esos dos aspectos, es decir, en cuál es el carácter que se le atribuye al proceso administrativo y cuál es el alcance que se le asigna a la presunción de validez del acto administrativo, bien entendida que esta noción debe quedar reservada a su expresión técnica estricta, no comprensible –por ende– de los así denominados por el Profesor Mairal como *meros pronunciamientos administrativos*<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Vid. Mairal, Héctor A., “Los meros pronunciamientos administrativos”, en Cassagne, Juan Carlos (director), *Derecho Administrativo*, Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 651-661.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

Que los jueces carezcan de la competencia para sustituir a la autoridad de gobierno en los criterios que éste hubiere escogido no implica en modo alguno que el orden jurídico les impida fiscalizar la verificación concreta de los *hechos* invocados por la Administración pública. ¿Qué otra cosa es el proceso judicial sino un debate acerca de los *hechos* que nosotros sabemos de sobra que se traducen en los elementos *causa* y *motivación* del acto administrativo?

La única limitación que tiene el órgano judicial es no verse tentado a sustituir el criterio de la autoridad de gobierno por el propio, pero con esa única limitación es de toda evidencia que si la propia Administración pública debe –por imperio constitucional y legal– perseguir la búsqueda de la verdad material, el juez tiene –cuando menos– esa misma competencia (Art. 116, CN).

No quiero que se me malinterprete: no estoy predicando la “república de los jueces”. No quiero jueces tomando las decisiones que le corresponden adoptar a los órganos de gobierno, pero tampoco podemos ser tan ingenuos y perder de vista, ni por un momento, que la Administración pública, heredera de los privilegios del rey, no puede ser analizada sino desde una visión moderna de nuestra disciplina, es decir, de cara a la definitiva instauración de un Estado Democrático de Derecho, razón que nos debería enseñar que no hay cabida para concebir al derecho administrativo moderno como una creación artificiosa destinada a justificar el ejercicio del poder, sino, y antes bien, como la herramienta creada para la defensa de los derechos y las libertades, tanto individuales, como colectivos.