

Agustín Gordillo

TRATADO
DE DERECHO
ADMINISTRATIVO

Prólogo de Jorge A. Sáenz

TOMO 4

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

10ª edición

www.gordillo.com



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO 4

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

AGUSTÍN GORDILLO

Tratado de Derecho Administrativo

PRÓLOGO DE JORGE A. SÁENZ

TOMO 4

El procedimiento administrativo

Décima edición



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Buenos Aires
2010

Gordillo, Agustín

Tratado de derecho administrativo : el procedimiento administrativo . - 10a ed. - Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 2010.
v. 4, 606 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-950-9502-46-8

1. Derecho Administrativo. 2. Tratados. I. Título
CDD 342.06

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
TOMO 4
EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1ª edición, Buenos Aires, Álvarez, 1964

2ª edición, Buenos Aires, Macchi, 1971

3ª edición, Buenos Aires, Macchi, 1980

Reimpresiones varias

4ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2000

1ª edición Colombiana, F.D.A. y Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2001

1ª edición Venezolana, Caracas, FUNEDA, Fundación de Estudios de
Derecho Administrativo y F.D.A., 2001

5ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2002

6ª edición y 1ª edición Peruana, Lima, ARA Editores y F.D.A., 2003

6ª edición y 1ª edición Brasileña, Belo Horizonte y San Pablo, Editora Del
Rey y F.D.A., 2003

7ª edición y 1ª edición Mexicana, México, D.F., UNAM (IIJ), Editorial
Porrúa y F.D.A., 2004

8ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2004

9ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2006

10ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2010

I.S.B.N.: 978-950-9502-46-8

Copyright by Agustín Gordillo y *Fundación de Derecho Administrativo*

Viamonte 749, piso 10, of. 8, Buenos Aires (C1053ABO), Argentina

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Los derechos patrimoniales del autor por la presente edición pertenecen exclusivamente a la *Fundación de Derecho Administrativo* (Inspección General de Justicia N° C-7924). Este libro puede consultarse gratuitamente en [www.gordillo.com, www.gordillo.com.ar] autorizándose la reproducción de su material con cita del autor y editor, título de la obra, sitio en la www, capítulo y párrafo o nota utilizado. El autor agradecerá cualquier sugerencia o crítica, sea por carta en la dirección arriba indicada, por fax al (5411) 4322-2169, o a los e-mails: agustin@gordillo.com, gordillo@elsitio.net, gordillo@fibertel.com.ar

INDICE

Prólogo de JORGE A. SÁENZ.....	27
Acerca de la 10ª ed. del tomo 4.....	37
Agradecimientos en la 9ª ed. del tomo 4.....	41
Agradecimientos en la 8ª ed. del tomo 4.....	43
Agradecimientos en ocasión de la edición mexicana de los cuatro volúmenes.....	45
Prólogo a la sexta edición del t. 4.....	51
Prólogo a la quinta edición del t. 4.....	53
Agradecimientos en ocasión de la 4ª edición del t. 4.....	55

Capítulo I

LAS PARTES

I. <i>Capacidad para ser parte</i>	I-1
1. Capacidad civil y capacidad administrativa.....	I-1
2. La regla general: personas físicas o jurídicas, asociaciones, etc.....	I-3
3. El caso del menor adulto.....	I-3
3.1. Menor adulto funcionario público.....	I-4
3.2. Menor adulto que ejerce “profesión o industria”.....	I-5
3.3. Menor adulto con título profesional habilitante.....	I-6
3.4. Menor adulto que ingresa a la función pública.....	I-7
3.5. Menor emancipado por matrimonio.....	I-7
3.6. Menor adulto como usuario o administrado.....	I-8
3.7. Conclusiones.....	I-8
4. Menor impúber.....	I-10
5. El inmigrante irregular.....	I-11
5.1. La asistencia jurídica y lingüística gratuita al inmigrante irregular.....	I-11
5.2. Régimen de recursos y acciones.....	I-12
6. Menores internados.....	I-13
7. Adultos con capacidad limitada.....	I-13
7.1. Sordomudos.....	I-13
7.2. Enfermedades mentales.....	I-14

7.3. Otros casos de capacidad limitada	I-15
8. Entes estatales con personalidad jurídica	I-15
9. Órganos administrativos sin personalidad jurídica	I-17
9.1. Órganos que defienden atribuciones del ente al que pertenecen	I-18
9.2. Órganos que impugnan actos de un superior jerárquico que ha ejercido control de legitimidad sobre ellos	I-18
9.3. Órgano interventor que impugna actos de quien lo designa	I-19
9.4. Otros casos	I-19
10. Funcionarios o empleados públicos	I-21
11. Sustitución de partes: herederos	I-21
12. Terceros	I-22
II. <i>Representación y patrocinio de las partes</i>	I-25
13. Representación	I-25
13.1. Admisibilidad	I-25
13.2. Quiénes pueden ser representantes	I-26
13.3. Formas de la representación	I-28
13.3.1. Poder notarial	I-28
13.3.2. Copia simple de poder, firmada por apoderado o letrado	I-28
13.3.3. Otros supuestos de copia simple de poder	I-29
13.3.4. Poder <i>apud acta</i>	I-30
13.3.5. Carta-poder autenticada	I-30
13.3.6. Carta-poder simple	I-30
13.3.7. Representación necesaria. Casos en que se requiere probarla	I-31
13.3.8. Representación presunta. Gestiones verbales	I-31
13.3.9. Mandato tácito	I-32
13.3.10. Gestión de negocios. Casos de urgencia	I-33
13.4. Intervención del representante y representado	I-33
13.5. Extinción	I-35
13.6. Representación unificada y su revocación	I-35
13.7. Separación administrativa del mandatario	I-35
14. Patrocinio	I-37
14.1. No exigibilidad	I-37
14.2. Patrocinio no letrado	I-40
14.3. El patrocinio letrado como garantía constitucional	I-40
14.4. Conveniencia de exigir el patrocinio letrado	I-40
14.5. Patrocinio y representación	I-41
14.6. Patrocinio letrado obligatorio y costas	I-41
14.7. Patrocinio letrado en el procedimiento impositivo	I-42
15. Asistencia jurídica	I-43

Capítulo II

EL ADMINISTRADOR

I. <i>Introducción</i>	II-1
1. Extensión del concepto de administrador. Su carácter de parte	II-1
II. <i>Facultades respecto al trámite</i>	II-3
2. Resoluciones de mero trámite	II-3
3. Competencia para decidir la procedencia formal de los recursos	II-4
4. Momento en el cual resolver sobre la admisión formal del recurso	II-5

5. Criterio para la admisión de los recursos. El principio <i>pro actione</i>	II-6
6. Elevación al superior de los recursos y denuncias	II-6
7. El rechazo de escritos por la Mesa de Entradas	II-7
7.1. Expresiones injuriosas.....	II-7
7.2. Escritos improcedentes	II-8
7.3. Comparación y conclusiones. La administración como acción	II-9
8. La impulsión e instrucción de oficio	II-10
9. Invitación a las partes a reuniones	II-11
10. Caducidad del procedimiento	II-12
11. Facultades disciplinarias	II-14
11.1. Problemas que presenta.....	II-14
11.2. La norma “legal”	II-15
11.3. Destinatarios de la norma	II-16
11.4. Órgano competente para ejercerlas	II-18
11.5. Sanciones aplicables	II-18
11.5.1. Graduación de su ejercicio	II-18
11.5.2. Llamado de atención o apercibimiento	II-18
11.5.3. Testado	II-19
11.5.4. Multas	II-19
11.5.5. Exclusión de las audiencias	II-19
11.5.6. Separación de los apoderados	II-20
III. <i>Facultades respecto al fondo de los recursos</i>	II-20
12. Revocación de su propio acto, impugnado jerárquicamente	II-20
12.1. Límites a la facultad de revocar	II-21
13. Revocación de los actos de los inferiores, impugnados jerárquicamente	II-22
14. Revocación del propio acto luego de resuelto el recurso jerárquico por el superior.....	II-23
14.1. Admisión del recurso.....	II-23
14.2. Rechazo del recurso por razones formales	II-23
14.3. Rechazo de la denuncia de ilegitimidad.....	II-23
14.4. Rechazo del recurso.....	II-24
15. Decisión del recurso. Inadmisibilidad de la <i>reformatio in pejus</i>	II-25
IV. <i>Deberes del administrador</i>	II-29
16. Facilitar la defensa del interesado	II-29
17. Impulsar el trámite	II-31
18. Requerir y brindar directamente informes a otras reparticiones.....	II-31
19. Producir la prueba.....	II-34
20. Decidir expresamente todas las peticiones	II-35
21. Caracteres y requisitos que debe reunir la decisión	II-36
21.1. Requisitos previos de validez.....	II-36
21.1.1. Audiencia.....	II-37
21.1.2. Procedimientos esenciales	II-37
21.1.3. Dictamen letrado	II-37
21.1.4. Causa	II-39
21.2. Requisitos del acto a emitirse.....	II-39
21.2.1. Competencia	II-39
21.2.2. Motivación de hecho y de derecho	II-39
21.2.3. Decidir todas las cuestiones propuestas	II-39
21.2.4. Otros requisitos de validez	II-40
22. Continuación: desistimiento del recurrente y archivo de las actuaciones	II-40

22.1. Caso de desistimiento	II-40
22.2. Archivo	II-41
V. <i>Recusación y excusación</i>	II-41
23. Procedencia de la recusación	II-41
24. Oportunidad de plantear la recusación	II-42
24.1. Causales preexistentes	II-42
24.2. Causales sobrevinientes	II-43
25. Efectos de la interposición de la recusación	II-43
26. Causales comunes de recusación y excusación	II-44
27. Otras causales de recusación	II-48
27.1 Incompatibilidades y conflicto de intereses	II-48
27.2. El prejuicio personal	II-49
27.3. El prejuzgamiento como causal de recusación	II-50
28. La recusación sin expresión de causa	II-51
29. Personas que pueden ser recusadas	II-52
29.1. En general	II-52
29.2. Individualización del o los recusados	II-53
29.3. El caso del Presidente, el Jefe de Gabinete y los ministros	II-53
30. Excusación. Causales que la hacen obligatoria o facultativa	II-54
31. Trámite	II-55
VI. <i>Responsabilidad del administrador</i>	II-56
32. Caracteres de la responsabilidad civil. Remisión	II-56
33. Importancia práctica de la responsabilidad civil del funcionario	II-57

Capítulo III

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

I. <i>Concepto</i>	III-1
1. Concepto amplio	III-1
1.1. Medios de protección	III-1
1.2. Carga del administrado y privilegio incausado de la administración. Valla- lladar para el acceso a la justicia	III-2
2. Diferencias	III-5
2.1. Autoridad que los decide	III-5
2.2. Función que ejerce el que los decide	III-6
2.3. Carácter en que actúa quien decide	III-6
2.4. Extensión del control ejercido y legitimación	III-7
2.5. Facultades procedimentales del órgano decidente	III-9
2.6. Naturaleza del acto que decide el recurso	III-9
2.7. Estabilidad de la decisión	III-9
2.8. Congruencia con los precedentes	III-10
2.9. Recurribilidad de la decisión	III-10
2.10. Unidad de acción, pluralidad de recursos	III-10
2.11. Onerosidad o gratuidad	III-11
2.12. Intervención profesional requerida	III-12
2.13. Dirección del proceso y del procedimiento	III-13
2.14. Otras diferencias de procedimiento	III-14
3. Recurso, reclamación y denuncia	III-14
3.1. En la doctrina	III-14

3.2. En la práctica argentina.....	III-15
4. El recurso como acto y como derecho	III-19
4.1. El recurso es un derecho.....	III-19
4.2. El recurso es un acto.....	III-20
4.3. El recurso es un medio de defensa	III-21
4.4. El recurso como medio de conciliación.....	III-22
4.5. Conclusiones.....	III-22
II. <i>Requisitos formales</i>	III-23
5. Los requisitos formales del decreto 1.759/72 (t.o. 1991 por decr. 1883/91).....	III-23
5.1. Requisitos generales de cualquier escrito.....	III-24
5.2. Requisitos de los escritos que específicamente inician un trámite	III-24
5.3. Requisitos propios del recurso.....	III-25
6. Su exigibilidad en la práctica	III-25
7. Requisitos mínimos exigibles	III-26
8. El recurso debe ser escrito. La cuestión de la oralidad.	III-26
8.1. La hipótesis de oralidad.....	III-26
8.2. La regla de escritoriadad	III-27
8.3. Papel	III-27
8.4. Escritura.....	III-28
8.5. Firma	III-29
9. Presentación por telegrama o carta documento	III-30
10. El recurso debe indicar el nombre, apellido y domicilio del recurrente	III-32
III. <i>Requisitos sustanciales</i>	III-33
11. La clara manifestación de voluntad	III-33
12. Fundamentación del recurso	III-34
IV. <i>Omisión de requisitos formales o sustanciales</i>	III-35
13. Criterio a seguir	III-35
14. La complementación de un recurso con otro.....	III-37
V. <i>Efectos de la interposición del recurso</i>	III-38
15. La suspensión o no del acto	III-38
16. Interrumpe el término	III-38
17. No interrumpe la prescripción de la acción	III-39
18. Suspende la prescripción de la acción	III-39
18.1. Suspensión por un año, una sola vez	III-39
18.2. Caducidad de la instancia. Remisión	III-40
18.3. El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa	III-41
19. No implica trabar la litis en forma inmutable.....	III-42
20. No afecta las facultades del inferior para revocar el acto impugnado	III-43
21. Efectos de la interposición conjunta de más de un recurso	III-43
21.1. Recursos improcedentes	III-43
21.2. Recursos en subsidio	III-44
22. Hacia la unidad del recurso administrativo	III-44

Capítulo IV

ACCESO A LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

I. <i>Caracteres que debe reunir el acceso a las actuaciones</i>	IV-1

1. Vistas y traslados en derecho procesal y en derecho administrativo.....	IV-1
2. Criterio general: el leal conocimiento de las actuaciones	IV-5
3. ¿Vista formal o informal?	IV-7
3.1. Procedimiento correcto: Vista automática.....	IV-7
3.2. Procedimientos defectuosos de vista.....	IV-9
4. El traslado otorgado de oficio y la vista a pedido de parte.....	IV-10
4.1. Oportunidad en que debe disponerse el traslado.....	IV-10
4.2. El caso de los sumarios.....	IV-10
4.3. Los sumarios por monopolio.....	IV-13
4.4. Los sumarios en la función pública.....	IV-14
5. La notificación de un acto implica la vista de las actuaciones.....	IV-16
6. Acceso subsiguiente.....	IV-18
7. Formas de tomar vista	IV-19
7.1. El derecho a obtener copias y el retiro del expediente en préstamo	IV-20
8. Términos para tomar la vista	IV-22
8.1. Ausencia de términos.....	IV-22
8.2. Suspensión de los términos	IV-22
8.3. Caso de denegación de la vista.....	IV-24
II. <i>Limitaciones a la vista</i>	IV-26
9. Admisibilidad de declarar reservadas partes del expediente	IV-26
10. Órgano competente	IV-26
11. Indelegabilidad.....	IV-28
12. Requisitos del acto. El pedido de la reserva	IV-28
13. Reserva total o parcial	IV-29
14. Casos en que pueden reservarse partes del expediente.....	IV-29
14.1. Principio general	IV-29
14.2. Informes, dictámenes, pericias.....	IV-32
14.3. Dictámenes sobre un litigio actual.....	IV-33
14.4. Otros ejemplos.....	IV-34
15. El envío de expedientes administrativos relacionados con un juicio actual	IV-35
16. Efectos de la reserva	IV-37
17. ¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?	IV-37
18. La irregularidad en las vistas como causal de nulidad.....	IV-41

Capítulo V

NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN

1. Acto general o particular, productor de efectos jurídicos inmediatos	V-1
2. La publicidad del acto como presupuesto del recurso	V-2
3. Publicación.....	V-4
4. La publicación debe reproducir íntegramente el acto	V-5
5. Notificación.....	V-6
6. Requisitos y formas de la notificación válida. El acto y sus circunstancias.....	V-7
6.1. Notificación personal	V-8
6.2. Notificación espontánea.....	V-9
6.3. Notificación por cédula	V-9
6.4. Notificación por telegrama	V-9
6.5. Por carta, oficio, etc., con aviso de recepción	V-10
6.6. Notificación verbal	V-12

6.7. Notificación por edictos, radial, televisiva	V-12
6.8. La invitación a notificarse	V-14
6.9. La notificación en zonas rurales.....	V-14
6.10. Notificación por fax y por <i>e-mail</i>	V-15
7. Falta de constancia de la notificación	V-17
8. Notificación y publicación. Imposibilidad de intercambiarlas	V-17
9. Improcedencia de recurrir un reglamento no publicado	V-18
10. Validez de la notificación	V-19
10.1. El acto y su motivación deben notificarse íntegramente	V-19
10.2. El deber de buena fe administrativa de informar fiel e íntegramente re- cursos y plazos	V-20
10.3. El caso específico de la notificación apta para cerrar la vía judicial	V-22
11. Notificación espontánea por el particular	V-22
12. Obligación de notificar	V-24

Capítulo VI

APERTURA A PRUEBA. MEDIOS DE PRUEBA

I. <i>Apertura a prueba</i>	VI-1
1. Oportunidad de efectuar la apertura a prueba	VI-1
2. Ejemplo de expediente mal llevado por no realizarse oportunamente la aper- tura a prueba.....	VI-2
3. Consecuencias prácticas de ese procedimiento defectuoso	VI-3
4. Ejemplo de tramitación correctamente efectuada	VI-4
5. Consecuencias prácticas de este procedimiento	VI-5
6. Aceptación del criterio propuesto.....	VI-6
II. <i>Modalidad de la apertura a prueba</i>	VI-7
7. Producción informal de la prueba	VI-7
8. Producción de informes previamente a la eventual apertura a prueba	VI-9
9. Quién dispone la apertura a prueba	VI-9
10. La apertura a prueba y la fijación de los hechos a probarse.....	VI-10
10.1. Apertura a prueba para probar determinadas cuestiones de hecho ...	VI-11
11. La apertura a prueba, ¿constituye una facultad discrecional?.....	VI-11
12. La declaración de puro derecho	VI-13
13. Impugnación de la declaración de puro derecho	VI-13
14. La iniciación de un sumario como caso especial de apertura a prueba	VI-14
III. <i>Medios de prueba</i>	VI-15
15. Objeto de la prueba	VI-15
16. Medios de prueba admisibles.....	VI-16
17. Inadmisibilidad de las pruebas ilegítimamente obtenidas	VI-17
18. Inadmisibilidad de pruebas “secretas,” “reservadas” o “confidenciales”	VI-19
19. Prueba de informes	VI-20
19.1. Informes de oficinas administrativas.....	VI-20
19.2. Informes de personas no estatales	VI-21
19.3. Contenido de los informes.....	VI-23
19.4. Información u opinión: informes y dictámenes.....	VI-23
20. Informes y delegación de diligencias procesales	VI-24
21. Comparación entre prueba de informes y prueba documental	VI-25
22. Prueba testimonial	VI-25

22.1. Quiénes pueden ser testigos: Legislación aplicable	VI-25
22.2. Citación y audiencia.....	VI-26
22.3. Caracteres que deben reunir las preguntas.....	VI-28
22.4. Caracteres que deben reunir las respuestas.....	VI-29
22.5. Repreguntas	VI-29
22.6. Intérpretes	VI-31
22.7. La oralidad del testimonio	VI-31
22.8. ¿Prueba testimonial producida por escrito?	VI-32
23. Funcionarios que pueden declarar por informe.....	VI-33
24. Las repreguntas en el testimonio evacuado por informe	VI-35
25. Prueba de posiciones	VI-35
26. Prueba pericial	VI-35
26.1. Admisibilidad	VI-35
26.2. Procedimiento formal o informal.....	VI-36
26.3. Pruebas periciales especiales	VI-37
27. Prueba documental	VI-38
28. Otros medios de prueba	VI-39
29. La fotografía y firma digitalizadas	VI-40

Capítulo VII

PRODUCCIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

I. <i>Carga de la prueba</i>	VII-1
1. La carga de la prueba recae sobre la administración	VII-1
1.1. La realidad	VII-1
1.2. El principio jurídico	VII-2
2. La carga de la prueba y la presunción de legitimidad del acto administrativo..	VII-4
3. La carga de la prueba en sede judicial y administrativa	VII-4
4. Casos comunes a las vías judicial y administrativa	VII-5
II. <i>Gobierno, producción y control de la prueba</i>	VII-6
5. Gobierno de la prueba	VII-6
6. El gobierno de la prueba no debe transformarse en un prejuzgamiento	VII-7
7. Proposición de la prueba: oportunidad de hacerla	VII-8
7.1. Durante el término de la prueba.....	VII-8
7.2. Durante el término de vista para hacer descargo y ofrecer prueba en los sumarios.....	VII-8
7.3. No habiendo término de prueba	VII-9
7.4. Cuando la administración introduce posteriormente hechos nuevos	VII-10
8. Requisitos materiales de la proposición de la prueba	VII-10
9. Admisión de la prueba	VII-11
9.1. Funcionarios competentes.....	VII-11
9.2. Criterio de admisión. Admisibilidad y eficacia de la prueba	VII-11
10. Producción concreta de la prueba. Modalidades.....	VII-13
10.1. Producción privada de la prueba.....	VII-13
10.2. Producción oficial delegada de la prueba	VII-15
10.3. Producción de prueba sin apertura a prueba	VII-15
10.4. Producción de prueba luego de cerrado el período de prueba	VII-15
10.5. Producción judicial de la prueba	VII-16
10.6. Producción presumarial de prueba	VII-16

11. Control de la prueba.....	VII-17
12. Alegación sobre la prueba.....	VII-19
12.1. El derecho	VII-19
12.2. El ejercicio empíricamente útil del derecho de alegar	VII-20
III. Valoración de la prueba	VII-21
13. Introducción.....	VII-21
14. Valoración de la prueba en sede administrativa y judicial	VII-22
15. Criterio a seguirse en caso de duda.....	VII-24
16. La apreciación de la prueba y la presunción de legitimidad del acto.....	VII-24
17. Arbitrariedad en la apreciación de la prueba	VII-25
18. La prueba testimonial en sede administrativa y judicial	VII-25
19. La prueba de confesión del sumariado.....	VII-27
19.1. Principios generales.....	VII-27
19.2. Valoración frente a otras pruebas	VII-27
20. Dispensa de prueba	VII-28
20.1. El conocimiento oficial no es un hecho notorio	VII-28
20.2. Hecho notorio y hecho evidente	VII-30
20.3. Hechos “legislativos” y “adjudicativos”	VII-31
21. Los actos administrativos no son instrumentos públicos. Remisión	VII-32

Capítulo VIII

EL TIEMPO EN EL PROCEDIMIENTO

1. Introducción.....	VIII-1
1.1. La lentitud del trámite	VIII-1
1.2 La inexistencia de un responsable del procedimiento	VIII-3
1.3. La mutación normativa a través del tiempo	VIII-4
1.4. La relatividad de los diferentes términos en el procedimiento	VIII-5
1.5. La aplicación de los plazos de prescripción	VIII-8
1.6. La pérdida de todo derecho en quince días.....	VIII-8
2. Caracteres generales de los plazos o términos	VIII-9
2.1. Inaplicabilidad literal de la distinción procesal entre perentoriedad e improrrogabilidad.....	VIII-9
2.2. Prorrogabilidad de los términos de los particulares	VIII-10
2.3. No perentoriedad	VIII-11
2.3.1. Plazo para acudir a la instancia judicial.....	VIII-11
2.3.2. El caso del recurso fuera de término	VIII-12
2.3.3. “Caducidad de instancia” administrativa	VIII-14
2.3.4. Alegato	VIII-14
2.3.5. Defectos formales del recurso	VIII-14
2.3.6. Conclusiones	VIII-15
2.4. ¿Obligatoriedad <i>stricto sensu</i> para los individuos?	VIII-15
3. Días hábiles	VIII-17
3.1. Días corridos o hábiles.....	VIII-17
3.2. Días hábiles en la administración y en la justicia	VIII-17
4. Cómputo de los términos	VIII-18
4.1. Escritos presentados en las oficinas administrativas	VIII-18

4.2. Escritos presentados por carta.....	VIII-19
4.3. Telegramas.....	VIII-19
4.4. Escribano público.....	VIII-19
4.5. Primeras horas del día siguiente	VIII-20
5. Aplicación analógica de los términos	VIII-20
6. Inaplicabilidad de los términos	VIII-21
6.1. No se computan respecto de los actos nulos o inexistentes	VIII-21
6.2. No se computan respecto de los reglamentos	VIII-22
6.3. No se computa si no hay notificación válida.....	VIII-22
7. Suspensión, interrupción, remisión	VIII-22
8. Suspensión de los términos por pedido de vista de las actuaciones	VIII-22
8.1. Efecto suspensivo <i>ex-lege</i> en el orden nacional.....	VIII-22
8.2. Efecto no suspensivo en algunas provincias. Conveniencia de interponer el recurso.....	VIII-23
8.3. Efecto suspensivo por interpretación.....	VIII-23
8.3.1. Pedido superfluo de vista	VIII-24
8.3.2. Vista informal denegada	VIII-24
8.3.3. Caso de reserva.....	VIII-25
9. Otros casos de suspensión	VIII-25
9.1. Suspensión espontánea de los términos por la administración.....	VIII-25
9.2. Suspensión por causa de fuerza mayor.....	VIII-26
10. Interrupción de los términos	VIII-26
10.1. Recurso presentado ante autoridad incompetente	VIII-26
10.2. La voluntad de recurrir como requisito de la interrupción.....	VIII-27
10.3. Interrupción por recurso o acción judicial.....	VIII-28
11. La remisión de los términos.....	VIII-29
11.1. En general	VIII-29
11.2. La remisión en el caso de caducidad de las actuaciones	VIII-29
12. Caducidad de las actuaciones.....	VIII-30
12.1. ¿Paralización del procedimiento por causa imputable al particular?.....	VIII-30
12.2. Derecho comparado.....	VIII-31
12.3. Legislación nacional.....	VIII-32
12.3.1. Procedimientos en que no se puede aplicar	VIII-32
12.3.2. Norma que establezca la carga procesal. Plazo de paralización	VIII-32
12.3.3. El acto previo de intimación	VIII-32
12.3.4. Nueva inactividad del particular	VIII-32
12.3.5. El acto declaratorio de la caducidad	VIII-33
12.3.6. Efectos de la caducidad	VIII-33
12.3.7. Crítica al sistema.....	VIII-33
12.4. Legislación provincial	VIII-34
13. Términos de silencio.....	VIII-34
13.1. Pretensiones que requieran un pronunciamiento concreto	VIII-36
13.2. Reclamo administrativo previo.....	VIII-36
13.2.1 El sistema tradicional.....	VIII-36
13.2.2 La ley 25.344.....	VIII-36
13.3. Recurso de reconsideración.....	VIII-37
13.4. Recurso jerárquico.....	VIII-38
13.5. El recurso de alzada	VIII-38
13.6. Recursos que no tienen plazo de denegación tácita.....	VIII-38
14. La conclusión del procedimiento administrativo.....	VIII-39

14.1 Primero, haber empezado	VIII-39
14.2 El premio de los que vigilan	VIII-39

Capítulo IX

LOS RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN

1. Introducción. Unidad o pluralidad de recursos administrativos	IX-1
2. Concepto y denominación	IX-2
2.1. Concepto	IX-2
2.2. Denominación.....	IX-4
3. Aspectos generales	IX-5
3.1. Fuente.....	IX-5
3.2. Término para interponerlo	IX-5
3.3. Legitimación.....	IX-5
3.4. Motivos de impugnación	IX-5
3.5. Ante quién se presenta	IX-6
4. Carácter optativo u obligatorio.....	IX-6
5. Contra qué actos procede	IX-7
5.1. En razón del tipo de acto	IX-7
5.2. Supuestos de improcedencia del recurso de reconsideración	IX-9
5.3. En razón del órgano del cual emana.....	IX-10
6. Órgano competente para resolverlo	IX-11
7. Término para resolverlo.....	IX-12
7.1. No habiendo producción de prueba	IX-12
7.2. Habiendo producción de prueba.....	IX-12
8. Denegación tácita	IX-13
9. Denegación expresa.....	IX-14
9.1. Antes de la denegación tácita	IX-14
9.2. Denegación expresa de un recurso de reconsideración interpuesto fuera de término	IX-14
10. La reconsideración contra actos ya reconsiderados	IX-14
11. Otros supuestos de recurso de reconsideración	IX-15
12. El potestativo recurso de reconsideración previo al jerárquico	IX-15
13. El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial	IX-16
13.1. La tesis del preceptivo recurso de reconsideración contra decretos dic- tados de oficio	IX-17
13.2. Otros caracteres del recurso	IX-19
14. El recurso de reconsideración contra actos de la Dirección General Impositi- va- A.F.I.P.....	IX-20
14.1. Nuestra propuesta genérica en el año 1964.....	IX-20
14.2. Su introducción específica en materia impositiva	IX-20
15. El acceso a la vía judicial sin reconsideración ni intervención previa del par- ticular.....	IX-22
15.1. El acceso directo es también la regla en materia de empleo público....	IX-22
15.2. No se requiere acto firme	IX-23
15.3. No se requiere intervención previa del agente para que esté agotada la vía administrativa	IX-23
16. Reconsideración y aclaratoria.....	IX-23
16.1. Denominación	IX-24
16.2. Fuente	IX-24

16.3. Término para interponerlo	IX-24
16.4. Legitimación	IX-25
16.5. Motivos de impugnación	IX-25
16.6. Ante quién se presenta	IX-25
16.7. Contra qué actos procede.....	IX-25
16.8. Órgano competente para resolverlo	IX-25
16.9. Término para resolverlo.....	IX-26
16.10. Denegación tácita	IX-26
17. Reconsideración y rectificación.....	IX-26
17.1. Denominación	IX-26
17.2. Fuente	IX-26
17.3. Término para interponerlo	IX-27
17.4. Legitimación	IX-27
17.5. Motivos de impugnación	IX-27
17.6. Ante quién se presenta	IX-27
17.7. Contra qué actos procede	IX-27
17.7.1. En razón del tipo de acto	IX-27
17.7.2. En razón del órgano del cual emana.....	IX-27
17.8. Órgano competente para resolverlo	IX-28
17.9. Término para resolverlo.....	IX-28
17.10. Denegación tácita	IX-28
18. Reconsideración y revisión.....	IX-28
18.1. Denominación	IX-29
18.2. Fuente	IX-29
18.3. Término para interponerlo	IX-29
18.4. Legitimación	IX-30
18.5. Motivos de impugnación	IX-30
18.6. Ante quién se presenta	IX-30
18.7. Contra qué actos procede.....	IX-30
18.8. Órgano competente para resolverlo	IX-30
18.9. Término para resolverlo y denegación tácita.....	IX-30

Capítulo X

EL RECURSO JERÁRQUICO

1. Concepto y terminología	X-1
1.1. El régimen anterior	X-1
1.2. El régimen actual	X-2
1.3. La tendencia propuesta (¿o real?)	X-3
1.4. Un vistazo al derecho norteamericano.....	X-4
2. Utilización	X-5
2.1. Recurso de reconsideración y recurso jerárquico	X-5
2.2. Denegación tácita de la reconsideración	X-6
2.3. Recurso jerárquico con o sin reconsideración previa	X-6
3. Unidad o pluralidad de recursos en vía jerárquica	X-6
4. Ante quién se interpone.....	X-7
5. Contra qué actos procede.....	X-7
5.1. En razón del órgano.....	X-7
5.2. En razón de la materia	X-8
5.3. En razón del tipo de acto	X-8

5.3.1. Acto administrativo en sentido estricto	X-8
5.3.2. Contratos administrativos	X-8
5.3.3. Reglamentos	X-9
6. Actos excluidos del recurso	X-11
7. Por qué motivos se puede recurrir	X-12
7.1. Motivos de legitimidad	X-12
7.2. Motivos de oportunidad	X-13
8. Legitimación	X-14
8.1. Derecho subjetivo	X-14
8.2. Interés legítimo	X-14
8.3. Derechos de incidencia colectiva	X-14
8.4. Interés simple	X-15
9. Término para interponer el recurso	X-15
9.1. La regla	X-15
9.2. Es una espada de Damocles	X-16
10. Requisitos del recurso	X-17
11. Elevación del recurso jerárquico	X-17
11.1. En general	X-17
11.2. Caso de denegación expresa de la reconsideración	X-17
11.3. Caso de denegación tácita	X-18
11.4. A quién se lo eleva	X-18
12. Ante quién se tramita el recurso	X-19
12.1. En general	X-19
12.2. Cuando se impugnan actos del ministro	X-21
12.3. La figura del Jefe de Gabinete	X-22
13. Prueba y alegato	X-23
14. Dictamen de la Dirección de Asuntos Jurídicos	X-23
15. Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación	X-24
16. Casos en que se requiere el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación	X-29
16.1. Recurso contra un acto del ministro	X-29
16.2. Cuestiones jurídicas complejas	X-29
16.3. Jurisprudencia administrativa uniforme	X-29
16.4. Erario público	X-30
16.5. Conveniencia	X-30
17. Plazo para la decisión y su cómputo	X-30
18. Decisión expresa	X-31
19. Denegación tácita	X-32

Capítulo XI

RECURSO DE ALZADA

1. Terminología	XI-1
2. Competencia	XI-2
2.1. No existe jerarquía	XI-2
2.2. Tendencia hacia el decreciente nivel jerárquico para resolver la alza...	XI-2
2.3. Tendencia normativa a la supresión de la alza...	XI-3
2.3.1. La evolución en materia de Universidades nacionales	XI-5
2.3.2. Casos en que la Nación no es parte	XI-6
2.3.3. Provincias y municipios	XI-6

2.4. Tendencia a la inadmisibilidad de la alzada	XI-6
2.4.1. Entes interjurisdiccionales	XI-6
2.4.2. Personas no estatales	XI-7
2.4.3. Otros casos	XI-8
2.5. Derecho comparado	XI-8
2.6. El cambio constitucional de 1994	XI-9
2.7. Procedencia en ausencia de norma legal expresa	XI-9
3. La restricción en cuanto al objeto	XI-10
3.1. Introducción	XI-10
3.2. Entes autárquicos. Empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado	XI-10
3.3. La cuestión en la Ciudad de Buenos Aires	XI-11
3.4. Entes reguladores	XI-11
3.5. Entes tributarios	XI-13
3.6. Órganos o entes con procedimientos especiales pseudo-jurisdiccionales	XI-13
4. Plazo. Interposición del recurso	XI-14
5. Elección de la vía judicial o administrativa	XI-15
5.1. En general	XI-15
5.2. Elección de la vía judicial	XI-16
5.3. Elección de la vía administrativa	XI-18
5.4. La cuestión de los plazos	XI-19
6. Alcances de la decisión. Reforma y sustitución del acto	XI-21
7. Conclusión. El precedente de los EE.UU.	XI-21

Capítulo XII

EL RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO

1. Origen	XII-1
2. El decreto-ley 19.549/72	XII-2
3. La reforma de 1977	XII-3
4. El sistema actual	XII-4
5. Exigibilidad del reclamo. Alcances	XII-5
6. El reclamo frente a los entes descentralizados. Su inexigibilidad.	XII-7
7. El reclamo frente a los actos de la administración central	XII-7
8. Inexigibilidad en los hechos y vías de hecho	XII-9
9. Inexigibilidad en caso de silencio	XII-9
10. Omisiones	XII-10
10.1. Planteamiento de la cuestión	XII-10
10.2. Inexigibilidad por texto expreso. Casos	XII-10
10.3. Inexigibilidad por interpretación extensiva	XII-11
10.3.1. Repetición de ejecución. Reconvención. Juicio previo	XII-11
10.3.2. Repetición de gravámenes	XII-12
10.3.3. Reclamación de daños y perjuicios al Estado	XII-12
10.3.4. Acción de desalojo contra el Estado	XII-14
10.3.5. Acciones que no tramitan por la vía ordinaria	XII-14
10.3.6. Ritualismo inútil	XII-14
10.4. Conclusiones respecto a las omisiones	XII-16
10.4.1. Omisiones de pagar sumas de dinero	XII-17
10.4.2. Omisión de devolver cosas	XII-18
10.4.3. Otras acciones o prestaciones omitidas por el Estado	XII-19

11. La regla: ¿inexigibilidad o exigibilidad del reclamo administrativo previo? ..	XII-20
12. El uso optativo del reclamo.....	XII-20
13. Contra qué actos procede	XII-24
14. Legitimación	XII-26
15. Motivos de impugnación	XII-26
16. Término para interponerlo	XII-27
17. Ante quién se interpone	XII-27
18. Requerimiento de pronto despacho	XII-28
18.1. El pronto despacho y la aplicación del plazo del art. 25 para iniciar la demanda judicial.....	XII-30
19. Suspensión, interrupción o remisión de plazos	XII-33
20. Competencia para resolverlo	XII-34
21. Alcances de la decisión.....	XII-35
22. Alternativas del proceso.....	XII-35
22.1. Desistimiento del proceso	XII-35
22.2. Desistimiento judicial del derecho	XII-35
22.3. Caducidad de instancia.....	XII-37
22.4. Transacción o conciliación judicial	XII-37

Capítulo XIII

QUEJA Y AMPARO POR MORA

1. Comparación funcional	XIII-1
2. Carácter no excluyente	XIII-3
3. Semejanzas generales	XIII-5
3.1. Inacción administrativa: silencio, queja, amparo por mora.....	XIII-5
3.2. Plazos	XIII-5
3.3. Efectos en el procedimiento	XIII-5
3.4. Innecesariedad de intimación	XIII-6
3.5. Perjuicio	XIII-6
4. Diferencias generales.....	XIII-6
4.1. Órganos que las resuelven.....	XIII-6
4.1.1. Queja	XIII-6
4.1.2. Amparo por mora.....	XIII-6
4.2. Derecho adjetivo aplicable.....	XIII-7
4.2.1. Queja	XIII-7
4.2.2. Amparo por mora.....	XIII-7
4.3. Materias por las que procede	XIII-8
4.3.1. Queja	XIII-8
4.3.2. Amparo por mora.....	XIII-8
5. Capacidad para ser parte.....	XIII-8
5.1. Queja.....	XIII-8
5.2. Amparo por mora	XIII-8
5.2.1. Terceros.....	XIII-8
5.2.2. Personas con capacidad limitada.....	XIII-9
5.2.2.1. Menor adulto	XIII-9
5.2.2.2. Menor impúber.....	XIII-10
5.2.2.3. Adultos con capacidad limitada	XIII-10
5.2.2.4. Entes estatales con personalidad jurídica	XIII-11
5.2.2.5. Órganos estatales sin personalidad jurídica	XIII-11

6. Legitimación activa.....	XIII-11
6.1. Queja.....	XIII-11
6.2. Amparo por mora.....	XIII-12
7. Legitimación pasiva. Órganos y entidades contra los que proceden.....	XIII-13
7.1. Queja.....	XIII-14
7.2. Amparo por mora.....	XIII-14
7.2.1. El amparo por mora contra sociedades del Estado.....	XIII-14
8. Motivos de impugnación. Contra qué demoras u omisiones procede.....	XIII-15
8.1. Queja.....	XIII-15
8.1.1. Defectos de tramitación.....	XIII-15
8.1.2. Incumplimiento de plazos.....	XIII-16
8.2. Amparo por mora.....	XIII-16
8.2.1. Acto definitivo.....	XIII-17
8.2.2. Acto interlocutorio o de mero trámite.....	XIII-17
8.2.3. Respuesta ambigua, parcial o inexacta.....	XIII-18
8.2.4. Actos no productores de efectos jurídicos directos.....	XIII-18
8.2.5. Reglamento.....	XIII-18
8.2.6. Informe.....	XIII-19
9. Plazo y trámite de la queja.....	XIII-20
9.1. Plazo de interposición.....	XIII-20
9.2. Trámite.....	XIII-20
10. Plazo y trámite del amparo por mora.....	XIII-21
10.1. Plazo.....	XIII-21
10.2. Procedencia <i>prima facie</i> de la acción y requerimiento de informe a la administración. Inapelabilidad.....	XIII-21
10.3. El informe administrativo.....	XIII-24
10.4. La unilateralidad inicial del proceso y las costas.....	XIII-26
10.5. Orden de pronto despacho. Apelabilidad.....	XIII-27
10.6. Cumplimiento de la sentencia. <i>Astreintes</i>	XIII-28
10.7. El amparo por mora en el caso de vista de las actuaciones.....	XIII-29
10.8. Efectos de la sentencia.....	XIII-30
11. Conclusiones.....	XIII-30

Anexo

Decreto 1172: Acceso a la información pública.....	A-1
Anexo I. Reglamento general de audiencias públicas para el Poder Ejecutivo Nacional.....	A-4
Capítulo I: Disposiciones generales.....	A-4
Objeto.....	A-4
Ámbito de Aplicación.....	A-4
Descripción.....	A-4
Finalidad.....	A-4
Principios.....	A-4
Efectos.....	A-4
Autoridad convocante.....	A-4
Área de implementación.....	A-4
Organismo coordinador.....	A-5
Solicitud de persona interesada.....	A-5
Participantes.....	A-5
Lugar.....	A-5

Presupuesto	A-5
Capítulo II: Etapa preparatoria	A-5
Requisitos.....	A-5
Carácter público	A-6
Convocatoria	A-6
Expediente	A-6
Registro de participantes	A-6
Plazo de inscripción	A-7
Orden de las exposiciones	A-7
Tiempo de las exposiciones	A-7
Unificación de exposiciones.....	A-7
Orden del día	A-7
Espacio Físico	A-7
Registro	A-7
Capítulo III: Desarrollo	A-7
Comienzo del acto.....	A-7
Facultades del presidente de la audiencia	A-8
Deberes del presidente de la audiencia.....	A-8
Partes	A-8
Preguntas por escrito	A-8
Entrega de documentos	A-8
Otras intervenciones	A-8
Desarrollo de la audiencia	A-9
Irrecurribilidad.....	A-9
Clausura.....	A-9
Capítulo IV: Etapa final	A-9
Informe final	A-9
Estudios	A-9
Resolución final	A-10
Anexo II. Formulario de inscripción para audiencias públicas del Poder Ejecutivo Nacional.....	A-10
Anexo III. Reglamento general para la publicidad de la gestión de intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional	A-11
Capítulo I: Disposiciones generales	A-11
Objeto	A-11
Descripción.....	A-11
Obligatoriedad	A-11
Sujetos obligados	A-11
Registro.....	A-12
Contenido.....	A-12
Publicidad	A-12
Excepciones.....	A-12
Legitimación	A-12
Sanciones	A-12
Autoridad de aplicación.....	A-12
Denuncias	A-12
Anexo IV. Formulario de registro de audiencias de gestión de intereses	A-13
Anexo V. Reglamento general para la elaboración participativa de normas	A-13
Capítulo I: Disposiciones generales	A-13
Objeto.....	A-13

Ámbito de aplicación	A-13
Descripción.....	A-13
Finalidad.....	A-13
Principios	A-13
Efectos	A-14
Autoridad responsable	A-14
Organismo coordinador.....	A-14
Participantes.....	A-14
Capítulo II: Etapa inicial.....	A-14
Inicio del procedimiento	A-14
Solicitud de persona interesada.....	A-14
Contenido del acto de apertura.....	A-14
Publicación.....	A-14
Expediente	A-15
Registro de opiniones y propuestas	A-15
Plazo para las presentaciones.....	A-15
Comentarios informales	A-15
Convocatoria a estudios y consultas.....	A-15
Capítulo III: Etapa final	A-15
Consideración de las presentaciones	A-15
Redacción de la norma	A-16
Publicación de la norma	A-16
Anexo VI. Formulario para la presentación de opiniones y propuestas en el procedimiento de elaboración participativa de normas	A-16
Anexo VII. Reglamento general del acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional	A-17
Capítulo I: Disposiciones generales	A-17
Objeto	A-17
Ámbito de aplicación	A-17
Descripción.....	A-17
Finalidad.....	A-17
Alcances	A-17
Sujetos.....	A-17
Principios	A-18
Publicidad	A-18
Gratuidad.....	A-18
Accesibilidad.....	A-18
Capítulo II: Solicitud de información.....	A-18
Requisitos.....	A-18
Respuesta.....	A-18
Denegatoria	A-18
Silencio.....	A-18
Responsabilidades	A-19
Excepciones.....	A-19
Información parcialmente reservada	A-19
Autoridad de aplicación.....	A-20
Denuncias	A-20
Anexo VIII. Reglamento general de reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos	A-20
Capítulo I: Disposiciones generales	A-20

Objeto	A-20
Ámbito de aplicación	A-20
Descripción.....	A-20
Finalidad.....	A-20
Principios	A-20
Publicidad	A-20
Participantes.....	A-21
Lugar.....	A-21
Capítulo II: Procedimiento	A-21
Requisitos.....	A-21
Carácter público	A-21
Convocatoria	A-21
Reuniones urgentes.....	A-21
Reuniones secretas	A-21
Reuniones nulas	A-22
Responsabilidades	A-22
Actas	A-22
Legitimación	A-22

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

PRÓLOGO

JORGE A. SÁENZ¹

I

Quisiera que el privilegio que significa prologar este Tratado se transformara en una confidencia compartida con los lectores acerca de su autor, sus valores, sus objetivos, sus conductas, su metodología científica y la importancia de sus ideas para el desarrollo de las instituciones democráticas y el progreso social en la Argentina. Creo estar en condiciones para hacerlo. Soy un testigo privilegiado de la vida, la obra y la evolución del pensamiento de Agustín Gordillo. Más de cuatro décadas de diálogos y discusiones, de tarea docente en común en los claustros de las universidades públicas de Buenos Aires y de La Plata, y hasta haber compartido el “no estar” en la Universidad, cuando ambos fuimos expulsados (título honorífico si los hay) por la última dictadura militar de nuestros cargos de profesores titulares en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a los cuales retornamos en 1985 –concurso público de antecedentes y oposición mediante– son, creo, títulos suficientes para opinar.

Lo primero que quiero decirles a los lectores es que Agustín Gordillo es un ser humano ejemplar, un gran científico, un gran profesor y un gran ciudadano. Trataré de explicar con claridad por qué lo afirmo tan enfáticamente.

Antes que nada, Agustín Gordillo ha demostrado ser, a través de estos cuarenta años, además de un maestro reconocido, **un ser humano ejemplar**. Y esta condición, que es la primordial, no viene

¹ Este es el prólogo a los cuatro tomos del tratado, que apareció por primera vez en el primer volumen de la edición mexicana de 2004, UNAM, PORRÚA, FDA.

dada con las dotes intelectuales que por designio natural o divino lo distinguen, sino que depende de elecciones de conducta que no son fáciles en una historia académica como la nuestra, que no ha estado exenta de venganzas, injusticias y egoísmo, muchas veces alentados por los vientos de fronda del sectarismo y la mala política. La ejemplaridad se verifica, en el caso de un teórico brillante como Gordillo, cuando se puede constatar, a lo largo de esos cuarenta años, una coherencia entre la doctrina y la conducta. No hay desviaciones en la conducta pública o privada de Agustín Gordillo que pueda hacer decir a alguien que en los hechos haya desmentido lo que predicó acerca de la tolerancia con las ideas y las personas, la generosidad que debe tenerse en el aliento de las vocaciones docentes y científicas o que haya declinado la defensa de los derechos humanos y el imperio de la juridicidad.

Esta densidad humana en la calidad de Gordillo, que celebran y de la que están orgullosos sus amigos, sus colegas, sus alumnos y su familia, se encuentra ahora potenciada por los impulsos, sugerencias e ideas que incansablemente propone a las generaciones más jóvenes, transmitiéndoles con el ejemplo la importancia de preservar aquella unidad entre las ideas y las actitudes, que es invaluable para su formación.

También, y no es lo menos importante, debo señalar que ha trabajado y actuado con humildad y con respeto por los demás. Nunca le escuché a Agustín Gordillo en estos cuarenta años referirse despectivamente a algún colega o autor. Nunca lo observé en ninguna combinación espúrea para ganar una posición o para evitar que alguno la lograra. Las discrepancias las mantuvo en el plano de las ideas, y las expuso con franqueza y con fundamentos. No recurrió a la “espiral de silencio”, frecuente en la doctrina argentina, donde en lugar de discutir con argumentos se suprime la cita en los libros y artículos o se pasa al disidente a la categoría de enemigo para evitar que alcance posiciones académicas o profesionales, públicas o privadas. Esta nunca fue una característica en la actuación de Gordillo, que por el contrario, lo repito, se ha comportado como un ser humano ejemplar uniendo su doctrina y su conducta, lo que me place testimoniar aquí.

Agustín Gordillo es además **un gran científico**. Ha sabido explicar porqué se alejó del dogmatismo y de las definiciones esencialistas, tomando como herramienta conceptual básica el principio de que toda verdad es provisoria, que toda afirmación está sujeta a discusión y refutación y que sólo ese proceso asegura el progreso de

la ciencia. Emprende en su obra una cruzada intelectual contra el ídolo de la certidumbre, fundado en las tesis de Popper y en la teoría del lenguaje que domina sólidamente, y esta estructura metodológica, transformada en convicción científica, aplicada con rigurosidad, hace que su actitud de tolerancia, pasó de lo que pudo ser en principio una elección moral a fundarse, además, en una tesis científica precisamente sobre la ciencia misma.

La asunción de esta tesis no es ajena, desde luego, a la permanente actitud de Gordillo contra el autoritarismo y el poder. No debe perderse de vista, en este sentido, que el autoritarismo y el ejercicio del poder en el plano de la ciencia se manifiesta a través del dogmatismo, considerando equivocado (y a veces, como dije, hasta enemigo) a quien no piense como nosotros, desconociendo que la refutación y el error también integran la ciencia porque inevitablemente forman parte del camino de su progreso.

Esta categoría de gran científico del derecho, que lo ubica definitivamente entre los grandes juristas que ha producido América Latina y lo distingue como uno de los mejores del mundo, porque su obra es perfectamente equiparable a la de los autores europeos de mayor renombre, no ha impedido que Agustín sea, a la vez, **un gran profesor**. No encerró a sus lectores y discípulos en una catedral gótica de citas y catálogos de teorías e informaciones, a pesar de contar con la erudición suficiente para hacerlo. Creo que esto afortunadamente pasó porque Gordillo ha accedido a la categoría mayor de profesor, que es la de maestro. Así como cuando somos ayudantes decimos más de lo que sabemos citando de segunda mano a autores y fallos que no leímos, y sólo cuando llegamos a ser profesores decimos nada más que lo que sabemos, ganándonos el derecho a confesar lo que no sabemos, cuando se llega a maestro se dice sólo lo indispensable y necesario para la circunstancia. Se llega a dominar en ese momento de la madurez científica e intelectual el arte de la simplicidad y síntesis conceptual, que presupone el conocimiento completo de la materia de que se trate y del método de elegir lo imprescindible para la argumentación, despojándolo de lo superfluo o meramente decorativo. Gordillo ha llegado a esa etapa de su desarrollo docente y así es reconocido internacionalmente.

Esta característica de Agustín Gordillo es valorada fundamentalmente por sus alumnos de pregrado y posgrado, que adquieren en sus cursos un sistema de aprendizaje permanente, un interés en las bases epistemológicas de la ciencia a cuyo estudio se aplican, una aptitud para ser críticos en la lectura del material jurídico y

un entrenamiento en la decisión de casos donde, luego de definir los hechos relevantes, deben aplicar no sólo un sistema normativo sino descubrir qué valores y qué consecuencias sociales hay detrás de cada solución alternativa. Acometer esta empresa educativa con sencillez y eficacia, solo está disponible para un gran profesor, para un maestro.

Lo que llevo dicho sería incompleto si no dijera que Agustín Gordillo no sólo es un gran ser humano, un gran científico y un gran profesor, sino también que es **un gran ciudadano**. Y lo es porque ha elaborado una teoría jurídica donde rescata la función del intelectual como defensor de las libertades públicas y de los derechos sociales de los habitantes, marcando a fuego a las teorías jurídicas -y dentro del derecho administrativo a varias- que están al servicio del poder o son elaboradas exclusivamente para justificarlo y consolidarlo, de cualquier signo que sea, mas allá de la buena fe de sus autores.

Esta síntesis necesariamente breve de la personalidad de Gordillo, que por esa calidad de testigo privilegiado de su trayectoria que tengo, por el largo camino que recorrimos juntos, y en nombre de los acuerdos y desacuerdos que tuvimos y de las dudas y encrucijadas a las que nos enfrentamos, creí que podía y debía compartirla con ustedes, que están por acometer la aventura intelectual de discutir, acordar o discrepar con los innumerables argumentos y enfoques novedosos que el Tratado les pondrá por delante.

II

He dicho algo sobre la calidad científica del trabajo de Gordillo. Quisiera tomar un solo ejemplo, de los tantos que van a encontrar en las páginas de su obra: el tratamiento del concepto acerca de la función administrativa. Gordillo se ocupó en sus primeros aportes teóricos de delimitar metodológicamente el objeto de su ciencia, a partir de que le había adjudicado al Derecho Administrativo la finalidad de estudiar “el ejercicio de **la función administrativa** y la protección judicial existente contra ésta”. Lo que quisiera comentar brevemente, a los fines limitados de esta introducción, son tres aspectos de esa elaboración doctrinaria, en tanto definen rasgos típicos de su estilo científico: el primero se refiere a la perspectiva utilizada para estudiar la cuestión, el segundo al procedimiento de confrontación del resultado de la investigación teórica con la realidad política nacional, y el tercero la vinculación de estos dos pasos con un tercero, que contiene sus propuestas sobre la instauración de prácticas

democráticas en la Argentina, con directa incidencia sobre el ejercicio de la función administrativa.

Respecto de la primera cuestión, debo destacar que el proceso de análisis sobre la función administrativa, si bien está centrado en una perspectiva normativa, no está limitado a ella. En sus obras tempranas está claro que el problema de las funciones del Estado, como empírica e históricamente las conocía en ese momento, con cometidos prestacionales y protectores legitimados por la eficacia, constituían una realidad más compleja que la tratada por la doctrina corriente, lo que motivó, creo, que no limitara su abordaje al de la perspectiva de la pureza positivista heredada de los fructíferos embates kantianos y neokantianos contra el cameralismo y sus sucesores.

Por el contrario, advirtió desde entonces, en una tendencia que se acentuó en su obra posterior, que el derecho es una ciencia que opera sobre un sector de la realidad y que no puede conocerse en profundidad ni pretenderse un cambio de esa realidad que sirva a la justicia, si la reflexión teórica se limita al plano del análisis normativo. Es notable cómo desde sus primeros trabajos considera al derecho como una disciplina humanística que no separa sino que integra las normas con los hechos históricos sobre la que opera y con los juicios valorativos que en la interacción de una y otra van construyendo la práctica social. Este permanente juego dialéctico entre los planos del ser, del deber ser y de la crítica axiológica, lo lleva a insistir en la necesidad de que la formación del jurista y su propia investigación científica estén apoyadas en el conocimiento de la economía, la filosofía, la sociología y la historia, que deben iluminar indefectiblemente la tarea de aplicación e interpretación del derecho a las situaciones concretas, y estar presentes para poder valorar en su conjunto tanto la justicia de un orden jurídico como la justicia concreta de cada caso.

En esa línea, realizó la crítica de las tesis que eran de recibo en ese momento, sobre si la función administrativa es una actividad o es la organización que la desempeña o es un residuo. Agustín se alejó de esa discusión secular aunque no la rehuyó, planteando su propia posición, que ha demostrado a través del tiempo ser de una gran utilidad ordenadora y a mi juicio superior a muchas formulaciones europeas clásicas, donde la discusión, luego de muchos años se abandonó, al reputarse inviable la definición objetiva de administración (el fin de la polémica por agotamiento ha sido certificada nada menos que por el gran Giannini).

La definición que propone, como la verán desarrollada en el Tratado, es, dentro de su criterio científico que explica previamente, más bien de tipo estipulativo, es decir no intenta ser una verdad dogmática ni describir la esencia de la administración. Es producto de la investigación acerca de qué grupo de hechos recibe un trato sustancialmente igual por parte del derecho. De tal manera, la definición resulta mas nítida, mas clara y mas útil, ya que al partir de otro criterio que el subyacente en las definiciones dogmáticas clásicas de la función administrativa, nos coloca en una perspectiva diferente y explícita, y que, la compartamos o no, nos permite decidir críticamente, como lectores, si la lista de características que justifican que la palabra definida pueda aplicarse a un sector de la realidad es útil o conveniente para el desarrollo teórico de la ciencia.

El segundo aspecto que quería destacar es que Gordillo no aísla a esta reflexión teórica dentro de un sistema conceptual abstracto. Por el contrario, la confronta con la realidad, como es característica de toda su obra, que no limita sus aportes a la consideración de la legitimidad formal de las instituciones, tomándolas sólo como distribuidoras de funciones, sino que comprometidamente se expide sobre la legitimidad sustantiva del Estado, examinando en qué medida ese Estado y esa administración ponen en acto (o no), a través del ejercicio concreto de la función administrativa, antes conceptualizada, valores, ideas y proyectos colectivos, para saber a que tipo de práctica social sirven. No debe olvidarse, aún cuando no desarrollo por razones obvias este aspecto con la extensión que merece, la importancia que desde el punto de vista de las libertades públicas tiene la impugnación largamente argumentada que hizo Gordillo de las pretendidas funciones legislativas o jurisdiccionales de órganos pertenecientes a la organización administrativa.

En este orden de ideas, ubicó a la función administrativa, en la medida que comprende a la totalidad de las actividades del Poder Ejecutivo (además, pero secundariamente, de las de los otros poderes que no sean materialmente su función principal) en una posición subordinada a la legislación y a la jurisdicción, dentro del equilibrio teórico de los poderes diseñado por la Constitución. No obstante, verificó en la realidad el desequilibrio real, consistente en que los poderes legislativo y judicial están en los hechos subordinados al ejecutivo. Hace más de treinta años Gordillo explicaba que ello se debía a la necesidad política de los legisladores de contar con cargos públicos para atender a su clientela y sus corruptelas, nombramientos que sólo el Poder Ejecutivo podía proporcionar, además de señalar

agudamente que el liderazgo político del presidente anulaba también la función de control del Poder Legislativo y aún la del Poder Judicial, cuando aplica con excesiva benevolencia el *self restraint* y los diversos criterios limitativos de su atribución de juzgar la actividad de los otros poderes.

Este aguerido juicio de Gordillo no recibió la adecuada atención en la discusión académica, que prefirió quedarse en el nivel de las definiciones pretendidamente descriptivas de un orden institucional que no existía. La historia subsiguiente fue ciertamente nefasta: de la distorsión del sistema constitucional se pasó a su desconocimiento total con la instalación de las dictaduras de 1966 y 1976. Y como tampoco se tomaron en cuenta esas lúcidas críticas después de 1983, es que hoy vivimos bajo una situación de quiebra difícilmente remediabile del sistema de división de poderes, que compromete seriamente el futuro de la democracia representativa.

Inclusive no puede soslayarse que la relativización intensiva del sometimiento de la Administración a las órdenes judiciales, se vincula en la Argentina a tales vicisitudes, que jalonaron, a lo largo de varias décadas, la liquidación a favor del presidencialismo (y de la Administración Pública) del pleito acerca de la sede verdadera del poder entre el Legislativo y el Ejecutivo, que puede verificarse a través de la validación de los decretos-leyes (tesis de la continuidad), la utilización indiscriminada de la delegación legislativa (con legitimación por parte de la justicia, ratificación legislativa en bloque posreforma constitucional de 1994 y uso actual de su artículo 76) y de los decretos de necesidad y urgencia (legitimados *ad nauseam* por la Corte) y la limitación de la función del Congreso a aprobar los proyectos preparados y originados por el Poder Ejecutivo, muchas veces bajo una presión inadmisible y la amenaza anticipada del ejercicio de la facultad de veto.

Y, por otro lado, en la constatación del dato de que el desarrollo del Estado implicó, además, la multiplicación normativa de origen administrativo, signo externo del cambio de su racionalidad interna. El resultado fue que la tajante distinción entre ley y acto de la administración aparece como superada, no por la teoría sino por la realidad, con la resultante de que el Ejecutivo, como poder tecnificado, pasa a ocupar el lugar decisivo, no solo en la función de elaboración legislativa, sino en todo el proceso normativo. Es, como quedó dicho, el programador de la actividad parlamentaria y emisor *per se* de normas generales en todos los ámbitos. Ello derivó en el cuasi monopolio jurídico y en el práctico monopolio de hecho que tiene

hoy la Administración Pública para definir lo que en cada caso y en cada etapa histórica debe ser el “interés general”, frente a lo cual la reserva de los derechos del ciudadano quedó en la “administración de justicia”, en la que, según los criterios administrativos, ha devenido la verdadera naturaleza del “Poder Judicial” de la Constitución. Este desequilibrio flagrante de la organización constitucional de los poderes ha quebrantando de manera grave y difícilmente remediable el sistema mismo de la democracia representativa, lo que vuelve más valioso que nunca atender a las críticas y propuestas de Gordillo para remediarlo.

A ello va dirigido el último aspecto que quería destacar. La definición de la función administrativa y la insistencia en su posición subordinada respecto de la legislación y la justicia, integra una visión de las condiciones de lo que se conoce como estado de derecho y más particularmente como estado social de derecho. Gordillo atendió vigorosamente este problema destacando la falta de contradicción entre el estado de derecho clásico, en tanto defensor de los derechos individuales, y el estado de bienestar, como interventor activo para lograr la “libertad de la necesidad”. Ahora bien, pronunciarse sobre si en la Argentina contamos con un estado social de derecho, atendiendo a la práctica social respecto de la extensión y modalidades de ejercicio de la función administrativa, implica la adopción de criterios acerca de qué notas definitorias se convenga en considerar relevantes para definirlo y el punto en que se acuerde dejar de hacer distinciones, sobre todo después que el estado, de ser el gran demiurgo de la historia, pasó a ser el gran demonio de la historia.

En términos muy generales, a casi todas las etapas históricas del Estado argentino se las ha calificado frecuentemente como “de derecho” recurriendo para ello al expediente de definir sin confrontar con la realidad, con un enfoque formalista y tecnocrático de la estructura de los poderes públicos, que afirma la vigencia general del principio de legalidad, apareciendo sus violaciones como meras anormalidades contingentes que encontrarán su remedio a través de los recursos administrativos y judiciales, aún con sus imperfecciones. De tal manera, si entre las instancias de la “idea del estado de derecho” y la “concreción histórica” de ese tipo de estado, nos limitamos a considerar relevante sólo a la primera, ello nos proporcionará necesariamente una versión incompleta y acaso engañosa de la cuestión que se está examinando, ya que esa perspectiva impide que se tomen en cuenta los vicios estructurales que impiden el goce efectivo de los derechos

y libertades de los ciudadanos, o sea la negación de los requisitos mínimos para que aquel tipo de estado se configure.

Por tal razón cobra una importancia decisiva en la metodología de nuestra materia esta característica de la obra de Gordillo, consistente en la confrontación de la reflexión teórica con la realidad, que opera en definitiva como procedimiento de validación de las operaciones de definición, clasificación e inclusión, que no son inocentes desde el punto de vista de la valoración, toda vez que debe analizarse si son pertinentes los rasgos que se seleccionan cuando se agrupa un caso dentro de cierta categoría. La discusión sobre estos criterios de inclusión recibe de Gordillo un impulso más que decidido y nos invita a todos a participar en ella, al considerar que el Estado no es un dato dado sino una construcción, el producto y la expresión de una cultura y sus contradicciones, siendo el papel del intelectual elaborar teoría acerca de su funcionamiento y de su articulación con la sociedad civil, haciéndolo portador de proyectos colectivos que aseguren y que garanticen la integridad y la cohesión social.

En este orden, quiero destacar que Gordillo, verificada la magnitud de los defectos de funcionamiento del estado argentino (lato sensu), que problematizan su inclusión en la categorías de estado de derecho y de régimen político con democracia representativa, volcó buena parte de su esfuerzo teórico en examinar las nuevas condiciones de ejercicio de las funciones estatales, básicamente la administrativa, a través de la participación de los ciudadanos en el espacio público, como actores eficaces en la formación de la voluntad general, colocándose en la línea más avanzada respecto de la concepción de la democracia.

Desde este punto de vista, la caracterización del estado argentino como social de derecho y democrático pasó a ser “condicional” en el sentido que la especificación de sentido que proporciona esa afirmación está sujeta a determinadas condiciones. Entre ellas quiero citar la abundante producción de Agustín acerca de la participación activa de la sociedad civil como requisito indispensable de la democratización, el estado de bienestar y su crisis, la exigencia de un principio fuerte de igualdad, la libertad positiva, los derechos económicos y sociales, las precondiciones sociales de la libertad, la extensión de la legitimación procesal para activar las decisiones jurisdiccionales, las reformas judiciales, la descentralización, la imperatividad de las normas internacionales, los medios para combatir la corrupción, la reivindicación del equilibrio constitucional de poderes, la impugnación a la delegación legislativa y a los decretos de necesidad y urgencia y el control estricto sobre las concesiones de servicios públicos, entre

otros. Lo que implica volver de la realidad a las ideas para corregir la gravísima distorsión de su realización histórica concreta. En especial, y para terminar, quiero recordar con gran reconocimiento sus trabajos desde hace treinta años acerca de la participación de los usuarios en las empresas de servicios públicos, la generalización del procedimiento de audiencias públicas y la defensa de los derechos de incidencia colectiva, aspectos que hoy están en el centro de la escena.

Los temas que he enumerado son tal vez los centrales del debate actual acerca de la reformulación del estado democrático de derecho. Gordillo los inserta, coordina y relaciona con los tópicos clásicos del Derecho Administrativo, cuyo tratamiento corriente excede largamente, porque estamos en presencia de un jurista completo e integrador, que domina el Derecho a secas, más allá de especializaciones acotadas artificialmente, cada vez más insostenibles. Es por esta característica del autor, precisamente, que ha podido acometer con tanta fortuna el desarrollo de un Tratado completo sobre la materia, que a partir de ahora quedará a merced de vuestras inteligencias críticas. Podría asegurar sólo una cosa: aunque no estén de acuerdo con una sólo de las reflexiones teóricas de Gordillo, el pasaje por la discusión de sus argumentos no será una operación cultural estéril, sino, por contrario, extremadamente enriquecedora. Así como en el teatro isabelino el prólogo estaba a cargo del actor que adelantaba el tema del drama, quise advertirles en estas páginas previas, lo inevitablemente arduo que resultará el trabajo intelectual de dialogar con Gordillo, mediante la lectura del Tratado, interacción que, a través de los acuerdos y refutaciones que surjan, promoverá sin duda alguna el progreso de nuestra ciencia.

ACERCA DE LA 10ª ED. DEL TOMO 4

En esta edición trabajaron conjuntamente, en una primera etapa, un distinguido grupo de profesionales, parcialmente renovado respecto de otras ediciones pero perseverantemente fieles a su objetivo, bajo la continua, generosa y eficaz coordinación de la Dra. SUSANA VEGA, profesora de la especialización en derecho administrativo de la UBA.

Ellos son:

JUAN ENRIQUE ABRE,
MARIANA AMONDARAIN,
LUCÍA BUJÁN,
FERNANDA CRESPO,
ARIANA GARRIDO,
GONZALO KODELIA,
CAROLINA MARTÍNEZ GARBINO,
MARÍA DEL CARMEN MENÉNDEZ,
JUANA MOLINELLI,
MARTA MONTES DE OCA,
GRACIELA PERFETTI,
ANDREA RODRÍGUEZ USANDIZAGA,
MARCOS SERRANO,
GABRIELA SIMONOTTO,
SUSANA VEGA (coordinadora general),
LILIANA ZALAYA.

Luego de haber rearmado y corregido con sus contribuciones esa primera etapa de la actualización de esta 10ª edición del tomo 4, en una segunda etapa me hicieron también aportes, bajo la infatigable y bondadosa coordinación de la Dra. SUSANA VEGA:

DAFNE AHE,
 ESTEBAN BOGUT SALCEDO,
 MARCELO BRUNO DOS SANTOS,
 FEDERICO CAMPOLIETI,
 KARINA CICERO,
 DARÍO KUSINSKY,
 NATALIA MORTIER,
 JULIETA RODRÍGUEZ PRADO.
 FEDERICO GUILLERMO THEA,
 SUSANA VEGA (coordinación general),
 VALERIA ZAYAT.

Todos ellos, al igual que muchos del equipo anterior, amigos del postgrado — como los siempre dedicados y creativos integrantes que hacen respectivamente el *Suplemento Administrativo* de La Ley¹ y la revista *Res Publica Argentina*—² en la mayoría de los casos integraron también mi vieja cátedra en la Facultad.³ Hoy muchos se encuentran trabajando en las cátedras actuales, con el empeño y dedicación de siempre, y es para mí un timbre de honor que me den una vez más su indeclinable y noble ayuda para la actualización de esta edición.⁴ En esta segunda etapa pude incorporar la mayor parte de la producción bibliográfica y jurisprudencial entre la anterior edición y la presente. Fue pues una segunda revisión de esta 10ª edición.

En una tercera etapa de la construcción de esta 10ª edición del tomo 4 hice yo mismo otra actualización refiriéndome a uno de los libros aparecidos inmediatamente antes de mandar a imprenta, cuyo dato más significativo es que

¹ ESTEBAN BOGUT SALCEDO (Coordinador General), DARÍO CIMINELLI, HUGO GONZÁLEZ ELÍAS, PEDRO MIRÓ, ORLANDO PULVIRENTI, SERGIO RUIZ, HERNÁN SPINA, MARIANA URDAMPILLETA, SANTIAGO ÁVILA, VALERIA VILTES, FRANCISCO FERRER, FEDERICO THEA, JUAN ALBORNOZ, FABIO SÁNCHEZ, FEDERICO EGEA.

² AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ (Sub Director); MARCELO BRUNO DOS SANTOS; SANTIAGO R. CARRILLO; NICOLAS DIANA; NICOLAS ELIASCHEV; FRANCISCO J. FERRER; JOSEFINA PAZOS; KARINA PRIETO; ORLANDO PULVIRENTI; GUILLERMO SCHEIBLER; GERARDO SCHERLIS. Participaron antes del comité de redacción de la revista GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA, NATALIA MAINETTI (quien también nos ayudó muchísimo en anteriores ediciones de los cuatro tomos, como dejamos constancia en su lugar) y DAFNE AHE. Nuestro especial agradecimiento para todos ellos, y para el grupo mencionado en la nota precedente.

³ A su vez, muchos de ellos trabajaron también en el libro de GUIDO SANTIAGO TAWIL (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, aquí múltiplemente citado, desde luego.

⁴ Si bien puede parecer a algunos exageración, creemos que es un buen ejemplo de método, señalar que otros proyectos tienen también sus colaboradores, algunos repetidos, otros nuevos: Están trabajando para la publicación por la Editorial La Ley de una colección de *Derecho administrativo. Doctrinas esenciales*, MERCEDES AVELDAÑO, ANA MARÍA PASQUALINI, DANIELA ALETTI y LEONARDO TOIA. A su vez, para un proyecto más ambicioso a ser editado en 12 tomos también por dicha editorial, ya colaboraron hasta el presente, haciéndome llegar sugerencias para la *Introducción*, los siguientes amigos y colegas: NICOLÁS DIANA, MARIANA URDAMPILLETA, JUAN PABLO BOHOSLAVSKY, HUGO GONZÁLEZ ELÍAS, JOSÉ ESTEBAN BOGUT SALCEDO, SUSANA VEGA, DANIELA ALETTI, JOSEFINA PAZOS, MARIO REJTMAN FARAH, NICOLÁS BONINA, ENRIQUE LUIS SUÁREZ, VANESA CABRERA, SABRINA BRUMATTI ORTELLADO, EZEQUIEL AMADEO LOSADA NUÑEZ, MARÍA EUGENIA MANZINI, MARÍA BELÉN ZARAGOZA, MARÍA LUCÍA JACOBO DILLON, CINTHYA HUTCHINSON, MARÍA ROBERTA SANSONE.

desconoce y descalifica toda la construcción previa al decreto-ley 19.549/72, que fuera hecha desde muy antaño por la Procuración del Tesoro de la Nación. Dado que en la elaboración del decreto-ley y su reglamentación colaboró en forma activa y minuciosa su titular como coautor, y que el decreto-ley y su reglamentación no hicieron sino ordenar la construcción de los muchos miles de ilustrados y creativos dictámenes de buen derecho a través de décadas y décadas de trabajo permanente de la PTN,⁵ previos al decreto-ley, el “revisionismo” histórico no sólo es contrario a los hechos sino también quizás no se halle exento de tinte político o prejuicio ideológico. Ya de antes se negaba la influencia norteamericana en nuestra Constitución,⁶ ahora se niega el rol de la Procuración del Tesoro de la Nación en la creación del derecho administrativo argentino,⁷ ensalzando además con el nombre de “Ley” el decreto-ley de otro gobierno militar.⁸

La figura de Rosas,⁹ a cuya dictadura se dedicó el art. 29 de la Constitución nacional, adorna sin ambages el billete argentino de \$20, pleno de tal “gloriosa” evocación como “prócer.” Lo hemos señalado, inútilmente, a propósito de la última delegación de facultades efectuada por el Congreso de la Nación, con las previsibles consecuencias que estamos viendo profundizarse.¹⁰

⁵ Como está demostrado en las ediciones de 1964 y 1971 de nuestro *Procedimiento y recursos administrativos* y en la abundante bibliografía previa a 1972, como así también en nuestro *Proyecto de Código Administrativo* de 1964, que sistematizara previamente aquella jurisprudencia.

⁶ Para su crítica ver p. ej. PÉREZ SANMARTINO, OSVALDO A., “La influencia de los Estados Unidos en el constitucionalismo argentino,” *Res Publica Argentina RPA* 2006-1, Editorial RAP, Buenos Aires, 2006, pp. 43-75; GARCÍA-MANSILLA, MANUEL / RAMÍREZ CALVO, RICARDO, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público Argentino*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 1ª ed., 2006. Allí se critica con detalle la extraña posición de quien afirma que el modelo fue el famoso “Viva la Pepa” de la Constitución de Cádiz de 1812, tesis que le ha valido el múltiple explícito reconocimiento de “españolidad” (sic) por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, LL, 2010-A, 1303-06.

⁷ Se trata de la obra de CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp.3/4.

⁸ GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, “Un debate epistolar y generacional,” LL, 2006-F, 892; MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en LL, 2007-A, 777; YACOVINO, CECILIA, “Discurso y realidad: otra mirada sobre el debate GORDILLO-CAMPOLIETI,” en *Res Publica Argentina, RPA* 2007-1: 83-92, Buenos Aires, Rap, 2007, quien remite a “De la crisis del poder al poder de la crisis,” *Res Publica Argentina, RPA* 2005-1: 99-119, Buenos Aires, Rap, 2006; DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras o las palabras de la fuerza,” *RPA*, 2007-1: 90. Ninguno de ellos, por cierto, aparece citado en la obra en cuestión.

⁹ El ejemplo clásico, desde luego, de revisionismo histórico. Entre quienes convenientemente olvidan sus crímenes se encuentra, este año, MENDELEVICH, PABLO, *El final*, Buenos Aires, Ediciones B, 2010, pp. 33-7. Salvo la objeción apuntada y algunas otras para quien conozca historia argentina, es un interesante libro para hacer pensar. Su subtítulo aclara el novedoso hilo argumental: *Cómo dejan el gobierno los presidentes argentinos. De Rivadavia a Cristina Kirchner*.

¹⁰ Lo señalamos en nuestra columna de opinión “24 de agosto de 2009: ¿El Congreso asumirá su responsabilidad?” LL, 2009-E, 1322, donde retomamos lo dicho anteriormente en “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” *Res Pública Argentina, RPA* 2006-2, p. 59 y ss. y en www.respublicaargentina.com/serie_estudios.htm; “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” LL, 2005-A, pp. 905-921, y en www.bibliojuridica.org/libros/4/1627/16.pdf; “Una celebración sin gloria,” LL, 2003-C, 1091-1102; “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” LL, 2001-F, 1050.

A todos ellos, mis renovados agradecimientos. Todos, cada uno a su manera, me ayudaron a corregir, repensar y actualizar el tomo 4, en las tres¹¹ etapas de actualización por las que ha pasado esta 10ª edición. Y mil gracias también a quienes espléndidamente aceptaron acompañarnos en la celebración del Bicentenario, en ocasión del 75º aniversario de la revista *La Ley*, por medio de un *Suplemento Extraordinario* fundamentalmente sobre el estado del derecho administrativo en la jurisprudencia actual.¹²

Agustín Gordillo

¹¹ Pues POPPER enseñó que las conjeturas erróneas permiten el progreso con las refutaciones.

¹² Han aceptado hasta el momento, cuyos respectivos títulos son provisionales: HÉCTOR MAIRAL, “¿Uno o dos derechos administrativos?” GUIDO TAWIL, “Un largo camino juntos. A propósito de ciertos hitos en la evolución del derecho administrativo argentino y su reflejo en las páginas de *La Ley*,” ALBERTO BIANCHI, “La declinación del control judicial sobre la Administración Pública,” LUIS ARIAS, “El rol institucional de la justicia administrativa en la jurisprudencia de la actual CSJN,” NICOLÁS DIANA y NICOLÁS BONINA, “Las proyecciones del derecho administrativo en la actualidad, desde el campo de la dogmática y la jurisprudencia de la CSJN,” FERNANDO GARCÍA PULLÉS, “Un nuevo concepto de ‘caso’ en la jurisprudencia de la Corte y su incidencia en el proceso y en el procedimiento administrativos (a partir de los fallos *Halabi* y *Defensor del Pueblo*),” CARLOS BOTASSI, “La globalización del derecho administrativo. El caso argentino,” CLAUDIA CAPUTI y ANA FLORENCIA SALVATELLI, “La globalización del derecho administrativo a la luz de la jurisprudencia de la CSJN,” GUILLERMO SCHEIBLER, “Compromisos internacionales de la Argentina en materia de acceso a la información pública,” OSVALDO GUGLIELMINO, “El sistema de arbitraje para los contratos administrativos,” JUAN PABLO BOHOSLAVSKY, “Arbitraje en tribunales internacionales,” TOMÁS HUTCHINSON, “La revisión judicial de la función administrativa del Poder Judicial,” MARIO REJTMAN FARAH, “El supuesto ejercicio de las llamadas facultades jurisdiccionales por la administración y lo dicho por la CS al respecto,” ORLANDO PULVIRENTI, “Tribunales administrativos, sobre la hipótesis que en el iter se modificó la ley de defensa al consumidor que le dio amplias facultades sancionatorias y reparatorias a las autoridades administrativas,” MARÍA JEANNERET, “La legitimación para la defensa de los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, “En torno a los DNU,” AGUSTÍN GARCÍA SANZ, “Acerca de los DNU,” FEDERICO CAMPOLIETI, “La delegación legislativa en la jurisprudencia de la Corte,” MIGUEL OROZ, “Reglamentos de necesidad y urgencia y los reglamentos delegados en la Provincia de Buenos Aires,” ENRIQUE MABROMATA, “El contrato de obra pública en la jurisprudencia federal de los últimos dos lustros,” ISMAEL FARRANDO, “La licitación pública en la jurisprudencia actual,” ESTELA SACRISTÁN, “Tema a precisar dentro del género contratos administrativos,” SUSANA VEGA, “Tema a precisar dentro del género contratos administrativos,” JOSÉ ESTEBAN BOGUT SALCEDO, “Los contratados en la jurisprudencia de la CSJN,” NICOLÁS ELIASCHEV, “La integración y designación de miembros de los Entes Reguladores de Servicios Públicos a partir de reciente jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal,” ENRIQUE GROISMAN, “Jurisprudencia de la CSJN sobre universidades nacionales,” LUIS CARELLO, “Jurisprudencia de la Corte en materia de riesgos del trabajo,” MABEL DIANELE, “Exigibilidad Jurisdiccional de los llamados ‘derechos sociales’ en el Derecho Argentino,” DIEGO SARCIAT, “La actuación judicial en el cuidado del medio ambiente: El seguro ambiental como instrumento de control,” ISAAC DAMSKY, “Protección del patrimonio cultural,” DANIELA UGOLINI, “La competencia de la justicia contencioso administrativa y tributaria de la Ciudad, siguiendo el análisis de la jurisprudencia de la Corte,” FABIANA SCHAFRIK, “La influencia del derecho administrativo en el procedimiento tributario a la luz de la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad,” EDUARDO MERTEHIKIAN, “La falta de servicio como fundamento de la responsabilidad estatal en el derecho argentino,” MARCELO BRUNO DOS SANTOS, “Responsabilidad del Estado en espectáculos deportivos (caso *Mosca*).”

AGRADECIMIENTOS EN OCASIÓN
DE LA 9ª EDICIÓN DEL T. 4

Agradecemos a los muy distinguidos y apreciados colegas del mundo académico, la judicatura y la profesión que han tenido la generosidad y el afecto de brindarnos su tiempo, su crítica, su información, su ayuda, de múltiples maneras:

JUAN ENRIQUE ABRE

LEANDRO ALARCÓN

DANIELA ALETTI

SILVANA AMBROSINO

JOSEFINA BARBARÁN

FEDERICO CAMPOLIETI

JUAN CAPELLO

CLAUDIA CAPUTI

ARIEL CARDACI MENDEZ

SANTIAGO R. CARRILLO

GUSTAVO CÉSAR FERULLO

AGUSTÍN GARCÍA SANZ

CÉSAR ANTONIO GRAU

CAROLINA LANDE

JORGE SAID LLAPUR

NATALIA MAINETTI

FERNANDO MARESCA

MIGUEL OROZ

JOSEFINA PAZOS

JUAN DOMINGO POLI

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

JULIETA RODRÍGUEZ PRADO

NÉSTOR DANIEL ROBLEDO

SERGIO RAÚL RUIZ

ESTELA BEATRIZ SACRISTÁN

CYNTHIA VIVIANA SEMINO

HERNÁN ANDRÉS SPINA

MARIANA URDAMPILLETA

LUIS MATÍAS VILLOLA

PEDRO L. ZAMBRANO

A todos ellos, muchas gracias. Sin el esfuerzo colectivo que sus aportes significaron, la continuada actualización de la obra no hubiera sido virtualmente posible. Desde luego, he modificado, adaptado y a veces cambiado sustancialmente el sentido o la interpretación de los aportes recibidos, por lo que de modo alguno puede imputarse a ninguno de ellos mis errores. Pero lo que esté bien, ciertamente se lo debo a ellos. Por lo tanto, nuevamente gracias, muchas gracias, a todos ellos.

Agustín Gordillo

A RAFAEL CASTRO VIDELA

Que me enseñó Derecho

AGRADECIMIENTOS EN LA 8ª ED. DEL TOMO 4.

Luego de la ed. mexicana de los cuatro volúmenes, numerosos colegas y amigos colaboraron en esta ed. del t. 4, con ideas, materiales, sugerencias y correcciones. En esta ed. tuvo una participación especial nuestra colaboradora directa **DANIELA ALETTI**, quien alentó, organizó y coordinó las múltiples contribuciones que se indican a continuación, además de aportar sus propias, siempre valiosas, sugerencias. A todos ellos, mi más especial agradecimiento.

RAFAEL ACUÑA
MATÍAS JOSÉ ÁLVAREZ
SANTIAGO ÁVILA
LETICIA CALLA
MARÍA DEL PILAR CELA
MARCELO ADRIÁN BRUNO DOS SANTOS
LISANDRO FASTMAN
AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ
ARIANA LORENA GARRIDO
GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA
HUGO GONZÁLEZ ELÍAS
SANDRA IOSUE
MARÍA PAOLA IOVANNA
MARIANA AYHESA ITURRALDE

MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA
SEBASTIÁN OSADO VIRUEL
ANA ELISA PASQUALINI
MARIO REJTMAN FARAH
MARA RUÍZ
LEONARDO K. SAFI
GUILLERMO SCHEIBLER
HERNÁN SPINA
JUAN ANTONIO STUPENENGO
ENRIQUE LUIS SUÁREZ
CYNTHIA ÁLVAREZ TAGLIABUE
LEONARDO MARCO TOIA
JUAN MARTÍN VOCOS CONESA
VALERIA ZAYAT

A.G.

AGRADECIMIENTOS EN OCASIÓN DE LA EDICION MEXICANA DE LOS CUATRO VOLUMENES

Participaron con aportes y sugerencias en la corrección de la presente edición mexicana de los cuatro volúmenes:

DANIELA ALETTI

LILIANA PLUS

MÓNICA SCOCCO

Y nos han ayudado también, generosa e intensamente, sea en nuestra formación personal, en las anteriores ediciones y en otras publicaciones y de múltiples otras maneras, o desde y para las actividades y los objetivos de la Fundación de Derecho Administrativo, entre otros:

ADILSON ABREU DALLARI

DAFNE SOLEDAD AHE

SEBASTIÁN D. ALANIS

JUAN JOSÉ ALBORNOZ

CARLOS ALCHOURRÓN

CECILIA MARÍA ALLONA

MATÍAS JOSÉ ÁLVAREZ

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ LONDOÑO

CARLOS A. ANDREUCCI

PEDRO ENRIQUE ANDRIEU

GORDON ANTHONY

HÉCTOR AQUILES MAIRAL

LILIANA ARALDI

JOSÉ ARAUJO JUÁREZ

MARTA ARCE

LUIS FEDERICO ARIAS

IVÁN AROSTICA MALDONADO

GERALDO ATALIBA

MERCEDES AVELDAÑO

CARLOS AYALA

MARIANA AYHESA ITURRALDE

PATRICIO AYLWIN

MARÍA ISABEL AZARETTO

GUSTAVO BACACORZO

ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO

JORGE BACQUÉ

ANA BADILLOS

CARLOS F. BALBÍN

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO

MARIO BANDÍN
 ANDRÉS BARBIERI
 DAISY BARÓ
 RUBÉN A. BARREIRO
 MARÍA JULIA BARRESE
 EDUARDO BAUZÁ MERCÈRE
 PHILIP H. M. BEAUREGARD
 FELICIANO BENVENUTI
 ROBERTO O. BERIZONCE
 CLOVIS BEZOS
 OSVALDO HÉCTOR BEZZI
 OSVALDO MÁXIMO BEZZI
 ALBERTO B. BIANCHI
 HOMERO BIBILONI
 RAFAEL BIELSA
 RAFAEL P. BIELSA
 SERGIO BIONDO
 DENISE BLOCH
 MARTÍN BÖHMER
 HERNÁN PÉREZ BOIANI
 NICOLÁS BONINA
 VANESA BORGONA
 JORGE TRISTÁN BOSCH
 CARLOS A. BOTASSI
 GUY BRAIBANT
 CHARLES BREITEL
 ALLAN-RANDOLPH BREWER CARÍAS
 MARCELO BRICHETTO
 MARIANO BRITO
 MARCELO BRUNO DOS SANTOS
 THOMAS BUERGENTHAL
 LUCÍA BUJÁN
 EUGENIO BULYGIN
 DANIEL ENRIQUE BUTLOW
 FERNANDO BUZZO
 ANA PAOLA CABEZAS CESCATO
 MARÍA VIRGINIA CAFFERATA
 PASCUAL CAIELLA
 JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO
 LETICIA CALLA
 MARCO CAMMELLI
 FEDERICO CAMPOLIETI
 ARMANDO CANOSA

ARIEL CAPLAN
 CLAUDIA CAPUTI
 LUIS ARMANDO CARELLO
 JORGE CARPIZO
 ALEJANDRO CARRIÓ
 GENARO CARRIÓ
 CÉSAR CASAKIN
 ROBERTO CASORLA YALET
 HERNÁN CELORRIO
 ROSAURA CERDEIRAS
 PAOLA CABEZAS CESCATO
 CARLOS CHACÓN
 LUIS ENRIQUE CHASE PLATE
 MARIO P. CHITI
 NIDIA KARINA CICERO
 RUBÉN M. CITARA
 CARLOS PINTO COELHO MOTTA
 JULIO R. COMADIRA
 ANALÍA CONDE
 YOLANDA CONSUEGRA GÓMEZ
 MARIANO LUCAS CORDEIRO
 RAÚL CORONADO
 ALBERTO BITTENCOURT COTRIM NETO
 CHRISTIAN COURTIS
 JULIO CÉSAR CUETO RÚA
 ANA CUEVAS REY
 FERNANDO CUPO
 ALICIA I. CURIEL
 NÉLIDA MABEL DANIELE
 JORGE DANÓS ORDÓÑEZ
 INÉS D'ARGENIO
 MARÍA CLAUDIA DAVERIO
 GAY DAVIS MILLER
 DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO
 CARMEN DE LA PAVA
 FEDERICO DE LORENZO
 SYLVIA DERISI DE MAC MAHON
 FLORENCIA GARCÍA DE SALTERAIN
 GUSTAVO JUAN DE SANTIS
 ORLANDO R. DE SIMONE
 BLANCA A. H. DE VILLAVICENCIO
 RAÚL DE ZUVIRÍA ZAVALATA
 CHARLES DEBBASCH

- CARLOS DELPIAZZO
 NICOLÁS DIANA
 EDGARDO DÍAZ ARAUJO
 MANUEL MARÍA DIÉZ
 SELVA DIPASQUALE
 ALMIRO DO COUTO E SILVA
 MARTÍN DONDIZ
 LIONEL ALAIN DUPUIS
 AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ
 RAFAEL ENTRENA CUESTA
 RODOLFO PIZA ESCALANTE
 JUAN CARLOS ESGUERRA
 CAROLINA FAIRSTEIN
 EDUARDO FALCÓN
 OSCAR FAPPIANO
 LUIS FARIÁS MATA
 ISMAEL FARRANDO
 JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ
 TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
 JORGE FERNÁNDEZ RUIZ
 MIGUEL ÁNGEL FERRARA
 SÉRGIO FERRAZ
 MARCELO FERREIRA
 BARTOLOMÉ FIORINI
 GREGORIO FLAX
 ABEL FLEITAS ORTIZ DE ROZAS
 SPYRIDON FLOGAÏTIS
 OSCAR FREIRE ROMERO
 PATRIK FRYDMAN
 PABLO ADRIÁN GARBARINO
 MARIANO I. GARCÍA CUERVA
 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
 FLORENCIA GARCÍA DE SALTERAIN
 AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ
 HERNÁN GARGIULO
 ARIANA GARRIDO
 FERNANDO GARRIDO FALLA
 YVES GAUDEMET
 ADRIÁN JAVIER GAVEGLIO
 MARÍA ANGÉLICA GELLI
 YASH P. GHAI
 CELIA GOLDMAN
 SANTIAGO GÓMEZ
 MARÍA CECILIA GÓMEZ MASÍA
 DANIEL GÓMEZ SANCHÍS
 ENRIQUE GOMEZ-REINO
 RAFAEL GONZÁLEZ ARZAC
 GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA
 HUGO R. GONZÁLEZ ELÍAS
 FLORENCIA GONZÁLEZ OLDEKOP
 JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
 GASTÓN GORDILLO
 GUILLERMO A. GORDO
 M. CAROLINA GRACIARENA
 EROS ROBERTO GRAU
 IGNACIO GRIMBERG
 IBERÊ GRIMONI
 ENRIQUE GROISMAN
 OSVALDO CÉSAR GUGLIELMINO
 RICARDO GUIBOURG
 GRACIELA GÜIDI
 JAVIER GUIRIDLIAN LAROSA
 GERHARD GUNZ
 JUAN CARLOS GUTIÉRREZ
 PABLO GUTIÉRREZ COLANTUONO
 HORTENSIA D.T. GUTIÉRREZ POSSE
 LINN A. HAMMERGREN
 ROY L. HEENAN
 DIETER HELMUT SCHEUING
 VÍCTOR R. HERNÁNDEZ MENDIBLE
 CLAUDIO HOISTACHER
 TOMÁS HUTCHINSON
 SILVINA INDART
 MIRIAM INSAUSTI
 SANDRA M. IOSUE
 MARÍA PAOLA IOVANNA
 MARIANA AYHESA ITURRALDE
 MIRIAM MABEL IVANEGA
 MARÍA JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS
 MARCOS KAPLAN
 AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
 GUILLERMO WALTER KLEIN
 RICARDO KOOLEN
 PHILINE LACHMAN
 PABLO FERNÁNDEZ LAMELA
 CARLOS MARCELO LAMOGLIA

ELOY LARES MARTÍNEZ
MARÍA LAURA LEDE
HELGA LEVED
JEROME I. LEVINSON
JUAN FRANCISCO LINARES
CARLOS AUGUSTO LO TURCO
FERNANDO M. LODEIRO MARTÍNEZ
ANA CRISTINA LOGAR
ADELINA LOIANO
MARCELO LÓPEZ ALFONSÍN
MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA
ENRIQUE G. MABROMATA
JUAN JOSÉ MAC MAHON
MANOS MAGANARIS
HORACIO ENRIQUE MAIDANA
JORGE LUIS MAIORANO
HÉCTOR A. MAIRAL
ELISENDA MALARET GARCÍA
CARLOS ENRIQUE MAMBERTI
PABLO MÁNTARAS
LUIGI MANZETTI
MIGUEL A. MARAFUSCHI
MIGUEL S. MARIENHOFF
JUAN JOSÉ MARTIARENA
ANTONIO A. MARTINO
LORENZO MARTIN-RETORTILLO BAQUER
SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER
DANIEL HUGO MARTINS
ISMAEL MATA
DIEGO MAY ZUVIRÍA
JOSÉ HÉCTOR MEEHAN
EDUARDO MERTEHIKIAN
CLAUDIA A. M. MILANTA
MARÍA EVA MILJIKER
JONATHAN M. MILLER
MARÍA VALERIA MOGLIANI
JOSÉ MARÍA MOLTÓ DARNER
GUILLERMO MONCAYO
MARCO GERARDO MONROY
LUIS MONTAGNARO
LAURA MERCEDES MONTI
SANDRA MORELLI RICO
AUGUSTO MARIO MORELLO

JORGE LEANDRO MORICET
NATALIA MORTIER
TOSHIO MUKAI
GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ
SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
ALFONSO NAVA NEGRETE
MARÍA MARTA NEUMANN
ALEJANDRO NIETO GARCÍA
EVA NIETO GARRIDO
MAURICIO OBARRIO
MARCO ODELLO
MARÍA LILIA OLAGORTA
FLORENCIA OLDEKOP
MIGUEL OROZ
LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
RICARDO MIGUEL ORTIZ
EDUARDO ORTIZ ORTIZ
LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ
MIGUEL ÁNGEL ORTIZ PELLEGRINI
OSCAR OSZLAK
EDUARDO OTEIZA
BERNARD PACTEAU
EUGENIO LUIS PALAZZO
ANTONIO PANTELIS
ROLANDO PANTOJA BAUZÁ
KATERINA PAPANIKOLAOU
LUCIANO PAREJO ALFONSO
ANA ELISA PASQUALINI
LUCIO PEGORARO
HERNÁN PÉREZ BOIANI
DARDO PÉREZ GILHOU
ALEJANDRO PÉREZ HUALDE
ENRIQUE PÉREZ OLIVARES
HUGO PÉREZ ROJAS
MARÍA FERNANDA PÉREZ SOLLA
PABLO ESTEBAN PERRINO
EDUARDO A. PIGRETTI
ALESSANDRO PIZZORUSSO
ARISTIDE POLICE
PACUAL POLITI
JULIÁN PRATO
DANIEL A. PRIERI BELMONTE
OSVALDO A. F. PRITZ

HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ
 JULIO RAFFO
 LUIS MARTÍN REBOLLO
 MANUEL REBOLLO PUIG
 JOSÉ RAFAEL REGODESEBES
 MARÍA GRACIELA REIRIZ
 MARIO REJTMAN FARAH
 GUSTAVO ADOLFO REVIDATTI
 CAMILO RICCI
 INÉS E. ROCCA
 VANESA FLAVIA RODRÍGUEZ
 JAIME RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ
 MARIANO RODRÍGUEZ FERRARIS
 JULIETA RODRÍGUEZ PRADO
 LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
 RODOLFO ROQUEL
 HENRY ROSON
 ALEJANDRO ROSSI
 DONALD C. ROWAT
 EZEQUIEL RUBINSTEIN
 JORGE FERNÁNDEZ RUIZ
 MARA RUIZ
 ALBERTO RUIZ ELDRIDGE
 ALEJANDRO MARIO RUIZ SCHULZE
 ROBERTO P. SABA
 DANIEL ALBERTO SABSAY
 ESTELA SACRISTÁN.
 JORGE A. SÁENZ
 JUAN IGNACIO SÁENZ
 HERNÁN SÁENZ JIMÉNEZ
 VIVIANA SEVILLE SALAS
 MARCELO SALINAS
 JORGE LUIS SALOMONI
 ALBERTO M. SÁNCHEZ
 FABIO FÉLIX SÁNCHEZ
 MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
 HORACIO SANGUINETTI
 SILVANA MARISA SANTORO
 ENRIQUE J. SARAVIA
 DIEGO SARCIAT
 CONSUELO SARRIA OLCOS
 GUILLERMO M. SCHEIBLER
 ULRICH SCHEUNER

LEOPOLDO SCHIFFRIN
 HANS SCHNEIDER
 ROLANDO SCHNEIDER
 PETER H. SCHUCK
 PABLO SEGURA
 O. GABRIEL SENA BERTERRETCHE
 EMILIO MARCELINO SENDIN
 DOMINGO JUAN SESÍN
 ENRIQUE SILVA CIMMA
 MARÍA GRACIELA ALFANO
 MARTÍN SILVA GARRETÓN
 OSVALDO E. SISELES
 MORTON H. SKLAR
 NELSON SOCORRO
 ROBERTO CARLOS SOLÁ
 MARÍA GABRIELA SORBELLO
 DANIEL FERNANDO SORIA
 MIRTHA SOTELO DE ANDREAU
 GUSTAVO SPACAROTEL
 EPAMINONDAS P. SPILIOTOPOULOS
 PHILLIPOS SPYROPOULOS
 ERICA STEIN
 GABRIELA STORTONI
 JUAN ANTONIO STUPENENGO
 ENRIQUE LUIS SUÁREZ
 CARLOS ARI SUNDFELD
 ÁLVARO TAFUR GALVIS
 CARLOS E. TAMBUSSI
 GUIDO SANTIAGO TAWIL
 FRANCISCO TINAJERO VILLAMAR
 LEONARDO MARCO TOIA
 CHRISTIAN TOMUSCHAT
 JOAQUÍN TORNOS
 FLORENCIO TRAVIESO
 JUAN ANTONIO TRAVIESO
 CARLOS R. TRIBIÑO
 ARTHUR B. TRUDEAU
 JULIO ALBERTO TULIÁN
 CARLOS R. TURBIÑO
 DANIELA UGOLINI
 MARÍA EUGENIA URQUIJO
 ALEJANDRO USLENGHI
 DIEGO VALADÉS

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO
CARLOS A. VALLEFÍN
ESTELA VAN AKEN
LUCIANO VANDELLI
JORGE REINALDO VANOSI
SUSANA VEGA
AIXA VIDAL
JAIME VIDAL PERDOMO
JOSÉ VILANOVA
SALVADOR VILLAGRA MAFFIODO
ALEJANDRA GARCÍA VILLASUR
MARÍA ALEJANDRA VILLASUR GARCÍA
BLANCA R. DE VILLAVICENCIO
JUAN MARTÍN VOCOS CONESA

H.W.R. WADE
PER WALSØE
LORIN S. WEISENFELD
RICHARD WERKSMAN
LUZIUS WILDHABER
GEOFFREY WILSON
JORGE WITKER
ROBERTO CASORLA
EUGENIO R. ZAFFARONI
WEIDA ZANCANER
MARÍA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
EDUARDO A. ZANNONI
VALERIA E. ZAYAT
ALBERTO ZUPPI

A todos ellos, nuestro más sincero y especial agradecimiento.

A. G.

PRÓLOGO A LA SEXTA EDICIÓN DEL T. 4

Luego de la primera edición colombiana y primera edición venezolana del año 2001, participaron en la corrección de las presentes nuevas ediciones peruana y brasileña de los cuatro volúmenes:

JUAN JOSÉ ALBORNOZ	SANTIAGO GOMEZ
DANIELA ALETTI	SANDRA IOSUE
MATÍAS JOSÉ ALVAREZ	MARÍA PAOLA IOVANNA
LILIANA ARALDI	HORACIO ENRIQUE MAIDANA
FERNANDO NICOLÁS BONINA	MARÍA EVA MILJIKER
CARLOS ALFREDO BOTASSI	ANA ELISA PASQUALINI
KARINA CICERO	RODOLFO PETER
LETICIA CALLA	MARIO REJTMAN FARAH
ROBERTO CASORLA YALET	GUILLERMO SCHEIBLER
MABEL DANIELE	LEONARDO MARCO TOIA
HERNÁN GARGIULO	SUSANA VEGA
ARIANA GARRIDO	JUAN MARTÍN VOCOS CONESA

A ellos, nuestro más sincero agradecimiento.

A. G.

PRÓLOGO A LA QUINTA EDICIÓN DEL T. 4

Antes de esta 5ª ed. del t. 4 hemos hecho siempre revisiones individuales de cada volumen para su nueva edición. En este caso, en cambio, luego de la primera edición colombiana y primera venezolana del año 2001 de los cuatro volúmenes, hemos encarado la tarea de actualizar todos los volúmenes al mismo tiempo para una próxima edición conjunta en Brasil y otra en Perú. En el ínterin el agotamiento de la cuarta edición argentina del presente tomo cuatro me obliga a presentar esta quinta edición en forma independiente, como lo he hecho hasta ahora en el país. De todas maneras el esfuerzo se ha realizado en forma simultánea con los otros tres volúmenes lo que, como es obvio, requiere de indispensable cooperación. Por ello ahora, incluso más que antes, debemos destacar la generosa ayuda que en esta ocasión, multiplicada por las anteriores, nos han brindado:

JUAN JOSÉ ALBORNOZ

DANIELA ALETTI

MATÍAS JOSÉ ALVAREZ

LILIANA ARALDI

FERNANDO NICOLÁS BONINA

KARINA CÍCERO

LETICIA CALLA

ROBERTO CASORLA YALET

MABEL DANIELE

HERNÁN GARGIULO

ARIANA GARRIDO

SANTIAGO GOMEZ

MARÍA PAOLA IOVANNA

HORACIO ENRIQUE MAIDANA

ANA ELISA PASQUALINI

MARIO REJTMAN FARAH

GUILLERMO SCHEIBLER

LEONARDO MARCO TOIA

A todos ellos, nuestro más sincero agradecimiento.

A. G.

**AGRADECIMIENTOS EN OCASIÓN
DE LA 4ª EDICIÓN DEL T. 4**

Agradecemos a los muy distinguidos y apreciados colegas del mundo académico, la judicatura y la profesión —y en especial la Procuración del Tesoro de la Nación— que han tenido la generosidad y el afecto de brindarnos su tiempo, su crítica, su información, su ayuda, de múltiples maneras:

PEDRO ABERASTURY (H.)

MARÍA MARTA ARCE

MARÍA ISABEL AZARETTO

CLAUDIA CAPUTI

JULIO RODOLFO COMADIRA

HÉCTOR J. GUERRERO

EDUARDO MERTEHIKIAN

EUGENIO LUIS PALAZZO

JULIO RAFFO

ALEJANDRO ROSSI

ESTELA B. SACRISTÁN

JORGE SALOMONI

ENRIQUE SARA VIA

MARÍA GABRIELA SORBELLO

JOSÉ MANUEL UGARTE

En la primera etapa, actualizar veinte años de lo que fueron dos volúmenes en la 3ª edición y que ahora requería además una poda sustancial, nos ayuda-

ron especialmente las Dras. CLAUDIA CAPUTI y ESTELA SACRISTÁN, en un trabajo ímprobo de casi dos años, que compartimos constantemente y que reconocemos muy especialmente.

Luego de esa primera versión actualizada nos ayudaron muchísimo todos los demás excelentes amigos y prestigiosos colegas mencionados, en la nueva lectura, crítica, corrección, información adicional, nuevas o mayores reflexiones, etc.

Queridos amigos que todos ellos son, no han podido sino darnos excelentes consejos. Podemos no haberlos seguido siempre o en todo detalle, eso no es responsabilidad de ellos, pero sí profunda deuda de gratitud nuestra, pues sus consejos y sus críticas, materiales, antecedentes, etc., nos han ayudado decisivamente a repensar y en suma recrear esta nueva edición, cuando tanto ha cambiado en el ínterin.

A todos ellos muchas, muchísimas gracias. Y un renovado y especial agradecimiento a las Dras. CAPUTI y SACRISTÁN, que hicieron una revisión final¹ antes de entregar el libro a la imprenta.²

Agustín Gordillo

N. B.: Algunos temas que se encontraban en este volumen en anteriores ediciones de *Procedimiento y recursos administrativos* han sido reordenados en las actuales ediciones del *Tratado*. Así, lo que se refiere al concepto de proceso y procedimiento administrativo y a sus principios generales (tomo 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo, Concepto y principios generales”), la diferencia entre derecho subjetivo e interés legítimo, conceptos tradicionales ahora comprendidos en gran medida por la amplia legitimación que proporcionan los derechos de incidencia colectiva (t. 2, cap. II, “Derecho de incidencia colectiva”, cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva” y cap. IV, “El interés legítimo”), los aspectos prácticos del procedimiento (t. 2, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica”).

Algún material posterior que se vincula con el tema también fue incorporado en el tomo 2, como por ejemplo el capítulo XI, “El procedimiento de audiencia pública” y el XII, “La licitación pública.”

Esos siete capítulos del tomo 2 son conceptualmente parte integrante de este volumen, que presupone su lectura o consulta y manejo.

¹ Obviamente, las citas a sus respectivos trabajos las ha hecho el autor.

² En la corrección tipográfica, control de citas de legislación y jurisprudencia, control de remisiones, etc., agradecemos la colaboración de la Dra. M. PAOLA IOVANNA.

Capítulo I

LAS PARTES¹

I. Capacidad para ser parte

1. Capacidad civil y capacidad administrativa

Todos los sujetos de derecho con capacidad civil pueden ser partes en el procedimiento administrativo,² sean personas físicas o jurídicas: sociedades comer-

¹Ver también GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, 1ª ed. y 2002, 2ª ed.; *Manual de práctica forense administrativa*, Madrid, Civitas, 2001, 6ª ed.; *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, 2ª ed.; *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964; BOSCH, JORGE TRISTÁN, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953; BOTASSI, CARLOS, *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988; OBERDA, GASTÓN DARÍO, “Las partes en el procedimiento administrativo,” en TAWIL, GUIDO NTHAGO (dir.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, cap. XIX, pp. 215/231; MONTI, LAURA, “La representación de las partes en el procedimiento administrativo,” en TAWIL, *op.cit.*, cap. XX, pp. 233/241; ABERASTURY (H.) PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; CANOSA, ARMANDO, *Procedimiento Administrativo: Recursos y Reclamos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008; REVIDATTI, GUSTAVO A., “Las partes en el procedimiento administrativo,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 100 y ss.; HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley nacional de procedimiento administrativo. Ley 19.549*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1985; t. II, Buenos Aires, Astrea, 1988; *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1991; COMADIRA, JULIO RODOLFO, MONTI, LAURA (colaboradora), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002; LINARES, JUAN FRANCISCO, *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1974; REVIDATTI, GUSTAVO A. y SASSÓN, JOSÉ, *Procedimiento administrativo en la Provincia de Corrientes. Ley 3460 comentada*, Corrientes, Cicero Ediciones, 1987; BEZZI, OSVALDO M., *Ley de procedimiento administrativo, anotada y comentada*, La Plata, 1971; UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998; BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Principios del procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1990; BACACORZO, GUSTAVO, *Ley de procedimientos administrativos*, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1996, 11ª ed.; QUIRÓS CORONADO, ROBERTO, *Ley general de la administración pública*, San José, 1996, pp. 137 y 148; CÓRDOBA ORTEGA, JORGE, *Ley general de la administración pública*, San José, IJSA, 1998; ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo formal*, Valencia, Venezuela, Vadell, 1998, 3ª ed.

²Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 155 y 2ª ed., p. 157; nuestro Proyecto de Código Administrativo de 1964, art. 269, publicado en *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed., p. 266.

ciales, asociaciones, cooperativas, federaciones, fundaciones, corporaciones, etc. En cualquier caso, la capacidad administrativa³ es no ya solamente igual⁴ sino mayor que la capacidad civil,⁵ lo que se aprecia en diversas hipótesis referidas a los menores de edad⁶ y otros casos que veremos.⁷

Incluso la capacidad para actuar en el procedimiento administrativo puede también nacer del derecho público, en el caso de las personas jurídicas públicas estatales o públicas no estatales.

En el caso de las personas físicas, a todo evento, no interesa su género, nacionalidad ni domicilio, aunque en este último caso puede requerirse la constitución de un domicilio legal al efecto del procedimiento.

³No vemos necesario distinguir entre “capacidad jurídica procesal (capacidad para ser parte)” y “capacidad de obrar procesalmente (capacidad procesal),” como GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *El procedimiento administrativo español en la doctrina científica*, Madrid, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, 1972, pp. 270-4; ley alemana de procedimiento administrativo de 1976, arts. 11 y 12. La ley alemana reconoce la capacidad para ser parte y para obrar procesalmente a las autoridades u órganos administrativos [arts. 11, inc. 3º) y 12, inc. 4º)], no obstante que ello ocurre así a pesar de su carencia de personalidad jurídica genérica: MEYER, HANS y BORGS-MACIEJEWSKI, HERMANN, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Frankfurt am Main, Metzner, 1976, p. 82; WOLFF, HANS J. y BACHOF, OTTO, *Verwaltungsrecht*, III, Munich, Beck, 1978, 4ª ed., p. 326 y ss. Señala MARTENS, JOACHIM, *Die Praxis des Verwaltungsprozesses*, Munich, C.H. Beck, 1975, p. 39, que la cuestión de la capacidad para ser parte no es “muy transparente,” aunque sí es indubitavelmente más amplia en el procedimiento administrativo.

⁴En el clásico reglamento de procedimiento administrativo peruano, p. ej., se reconocía capacidad administrativa a quienes la tienen civil: BACACORZO, *op. cit.*, arts. 4º y 22. Pero con el nuevo régimen se lo sustituyó por el D.L. 25.035: BACACORZO, *El procedimiento administrativo en el Perú*, en AA.VV., *Derecho administrativo. Libro de homenaje al profesor Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 566. Se trata de la solución más tradicional que entre nosotros sigue La Pampa, art. 5º. En cambio la tendencia predominante y a nuestro juicio correcta es reconocer *mayor* capacidad administrativa que civil. La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, año 1978, sigue la solución tradicional en su art. 282, inc. 1º; a la inversa, la Sala Constitucional de ese país ha admitido capacidad para interponer un amparo a un menor impúber. El art. 30, tít. III de la ley de procedimientos administrativos española (ley 30/1992, de 26 de noviembre) establece que “Tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte el ejercicio y defensa de los derechos de que se trate.” También en el derecho español, la capacidad para actuar en el procedimiento administrativo es más amplia que la capacidad civil ordinaria.

⁵En el sentido apuntado, en cuanto a que es *mayor* que la civil, ver también GORDILLO, AGUSTÍN y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, 2ª ed., p. 339, tanto para el orden nacional como para el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Y no podría ser *menor* porque entonces estaría afectando principios de la legislación nacional en materia sustantiva. Ver REVIDATTI, “Las partes...,” *op. cit.*, p. 100. Dicen SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECARRE, *op. cit.*, que “puede hablarse de una verdadera capacidad específica de derecho público,” mayor que la civil. En igual sentido la ley alemana de procedimiento administrativo de 1976, art. 12, inc. 1º, ap. 2 *in fine*; MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. cit.*, p. 84, explican algunos casos de capacidad de menores de más de siete años, cuando “pueden actuar con efectos jurídicos en determinados alcances.”

⁶Que analizamos a partir del § 3, “El caso del menor adulto.”

⁷A partir del § 7, “Adultos con capacidad limitada.”

No es del todo exacto, entonces, afirmar que la capacidad administrativa se rige por el derecho civil, como hace la legislación española,⁸ ni tampoco es cuestión de razonar al revés, a partir de una supuesta “autonomía” del derecho administrativo respecto al derecho civil.⁹ La cuestión es simple: se trata de ir analizando diversos supuestos concretos a la luz del derecho vigente y ver si de allí resultan o no conclusiones susceptibles de ser expuestas con algún rasgo de generalidad. Cabe destacar que aun cuestionándose a un presentante —que invoca la calidad de parte en el procedimiento administrativo— su aptitud legal a los fines de su pretensión de fondo, debe con todo admitírsele en calidad de parte a los efectos de dirimir la cuestión controvertida respecto a la forma, hasta que ésta se resuelva definitivamente.¹⁰ Su aptitud procesal es condicional.¹¹

2. La regla general: personas físicas o jurídicas, asociaciones, etc.

La regla general es amplia y reconoce aptitud para ser parte a toda persona física o jurídica.¹² En el caso de las asociaciones y de categorías amplias de personas (usuario actual o potencial,¹³ afectado actual o potencial; vecino, jubilado, potencial oferente, ciudadano,¹⁴ etc.) la cuestión se vincula también a la legitimación. Ya vimos todo lo referente a estas nuevas categorías constitucionales y a ellas nos remitimos.¹⁵ Nos referiremos a continuación a algunos casos especiales de aptitud para ser parte en el procedimiento.

3. El caso del menor adulto

Antiguamente las normas autorizaban a los menores adultos sólo con limitaciones el carácter de parte en el procedimiento administrativo.¹⁶ Hoy el principio es categórico: “Los menores adultos tendrán plena capacidad para intervenir directamente en procedimientos administrativos como parte interesada en la

⁸ Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 155 y 2ª ed., p. 157.

⁹ Abuso éste que ya criticamos en teoría general a partir del cap. I, “El método en derecho,” del t. 1 y que desarrollamos en el cap. VIII, “Relaciones del derecho administrativo” del mismo t. 1, § 2, “Relaciones con el derecho privado.”

¹⁰ MARTENS, op. cit., p. 39, parte 2ª, cap. 4, § 3.

¹¹ BLOMEYER, citado por MARTENS, op. loc. cit.

¹² Esta solución es obviamente universal; la encontramos p. ej., en nuestro Proyecto de 1964, art. 269; Bolivia, 11 inc. D); Brasil, 9º inc. I); Perú, 52. Ampliar, asimismo, en GORDILLO y DANIELE (dirs.), *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., pp. 334-5.

¹³ Ver CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 171-5.

¹⁴ Ver CAPLAN y SCHEIBLER, GUILLERMO M. (coords.), *Manual de Ciudadanía Activa*, Buenos Aires, Asociación Civil Carlos Sánchez Viamonte, 2005.

¹⁵ *Supra*, t. 2, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva,” cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva,” y cap. IV, “El interés legítimo.”

¹⁶ Explicamos dicho régimen en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1971, 2ª ed., p. 124 y ss.

defensa de sus propios derechos subjetivos o intereses legítimos.”¹⁷ No se exige en ningún caso, pues, la autorización paterna o en su defecto la dispensa administrativa que antiguamente se requería. Por supuesto, ello no altera el derecho de fondo y si el menor no está emancipado no puede, por ejemplo, salir del país sin autorización de sus padres: ello es cuestión civil, no administrativa.¹⁸

Sin embargo, no todas las legislaciones provinciales, aun las posteriores a dicha norma nacional, contienen igual amplio mecanismo de reconocimiento de capacidad al menor adulto¹⁹ para actuar como parte en el procedimiento administrativo; ello obliga a distinguir algunos supuestos:

3.1. Menor adulto funcionario público

En el caso de un menor adulto que se desempeñe en una función pública, parece lógico reconocerle —para toda cuestión referente a su ejercicio— el derecho de intervenir por sí, sin autorización paterna, en todo el procedimiento respectivo.²⁰ Cualquier situación referida a sus derechos y deberes como funcionario público, sean que se planteen en la propia dependencia donde revista o en otra, se rige por la misma regla.

¹⁷ Art. 3º, segunda parte, del reglamento de procedimiento administrativo, decreto 1759/72 (t.o.) que reglamenta el decreto-ley 19.549/72. Respecto de la terminología que impide llamar “ley” a un decreto-ley de los gobiernos de facto, ver *supra*, t. 1, cap. I, § 5, “Las «Leyes» que no son leyes.” En igual sentido Salta, decreto-ley 5348/78, art. 115. Comp. Entre Ríos, art. 4º, párr. 5º: “Los menores adultos pueden actuar directamente, sin necesidad de autorización del padre o tutor, cuando el trámite administrativo resulta de una relación jurídica que vincula directamente a la administración y al menor.” Para el orden nacional ver HUTCHINSON, *Ley nacional...*, *op. cit.*, p. 41; CANOSA, *op. cit.*, p. 85; ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 64 y ss.

¹⁸ ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 65, nota 24 *in fine*; PTN, *Dictámenes*, 132: 92; 201: 159.

¹⁹ “Son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de CATORCE (14) años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los DIECIOCHO (18) años cumplidos,” art. 127 del Código Civil, según la ley 26.579. Al respecto y por tratarse de legislación sustantiva civil, no existen desde luego normas similares en las leyes administrativas provinciales. Es un problema similar al que plantea la jurisdicción de la CABA respecto al matrimonio de personas del mismo sexo de acuerdo a la legislación nacional civil. Por nuestra parte, pensamos que es un problema a resolver por el legislador: “Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación,” *Suplemento Especial 70 Aniversario, LL*, 2005-F, 1404; traducción y resumen de la versión original completa, “The administrative Law of International Organizations: Checks and Balances in Law Making —The Case of Discrimination,” en *European Public Law Series / Bibliothèque de Droit Public Européen*, vol. LXXXIII, *Internationalisation of Public Law / L'Internationalisation du Droit Public*, Londres, Esperia, 2006, pp. 289-312. Reproducido en *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Public Law*, vol. 18, No. 1, Primavera de 2006, Londres, Esperia, 2006, pp. 289-312. Reproducido en *International Administrative Tribunals and the Rule of Law*, World Bank Administrative Tribunal / American Society of International Law, Joint Colloquium, marzo 27, 2007, Washington, D.C.

²⁰ Conf. REVIDATTI, *op. cit.*, p. 100; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 57; VILLAR y ROMERO, JOSÉ M., *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1944, 1ª ed., p. 46; Rev. Der. Priv., s.d., 2ª ed.; ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, Giuffrè, 1958, p. 60; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 686; Buenos Aires, 1995, 5ª ed., p. 798; comp. BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, La Ley, 1957, p. 156.

Dicha solución se halla reforzada por el art. 283 del Código Civil (modif. ley 26.579): “Se presume que los menores adultos, si ejercieren algún empleo, profesión o industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria, sin perjuicio a lo dispuesto en el artículo 131. Las obligaciones que de estos actos nacieren recaerán únicamente sobre los bienes cuya administración y usufructo, o sólo el usufructo, no tuvieren los padres.” Si bien la ley 23.264 suprimió la referencia al empleo público, no parece que pueda interpretársela restrictivamente: Es una solución aplicable al empleo público. Por ello, el petitioner a sus superiores o cuestionar las disposiciones administrativas generales o particulares que lo afecten cae en el ámbito de la norma. El menor adulto puede actuar por sí, sin necesidad de autorización paterna ni de explicación de por qué no la tiene, ya que ella se presume en virtud del art. 283 del Código Civil.²¹

Igual solución estimamos aplicable, por extensión, a los menores adultos que están sometidos a cargas públicas personales, tales como el servicio militar obligatorio cuando existía. Si bien la distinción entre “función pública” y “carga pública” se suele establecer en el sentido de que en el primer caso el individuo ingresa voluntariamente a los cuadros de la administración y en el segundo su vínculo es obligatorio o legal, de todos modos en ambas hipótesis se trata de un órgano del Estado, con una doble situación jurídica: en cuanto órgano y en cuanto persona.²² Trátese de una persona ingresada a la administración por su voluntad o por disposición de la ley, la situación nos parece sustancialmente igual en cuanto a la necesaria capacidad de esa persona para todos los actos referentes a su empleo o función, tanto en lo que se refiere al procedimiento administrativo como al derecho sustantivo.

3.2. Menor adulto que ejerce “profesión o industria”

Por lo demás, en otra hipótesis contemplada por el art. 283 del Código Civil, la solución debería en principio ser la misma. En efecto, si se presume que el menor adulto que tiene una profesión o industria (p. ej., un taller) está autorizado “para todos los actos y contratos,” concernientes a ésta, resulta lógico considerar que si un acto administrativo lo afecta en esa profesión o industria (p. ej., una orden de clausura del taller, o una multa por malas instalaciones) y el menor desea impugnarlo en sede administrativa, ese acto de impugnación estará comprendido dentro de “todos los actos” concernientes al ejercicio de su industria y por lo tanto él estará autorizado a efectuarlo sin necesidad de especial y expresa autorización

²¹ Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento...*, op. cit. p. 159. Entre Ríos, art. 4º, párr. 5º: “Los menores adultos pueden actuar directamente, sin necesidad de autorización del padre o tutor, cuando el trámite administrativo resulta de una relación jurídica que vincula directamente a la administración y al menor.”

²² Ver *supra*, t.1, cap. IX, “Las funciones del poder,” § 3, “Distintos criterios para conceptualizar la función administrativa. Crítica.”

paterna.²³ En los tiempos sociales que nos toca crecientemente atravesar, cabe preguntarse si un menor que ejerce una actividad callejera destinada a su sustento, sea o no industria o profesión en sentido estricto, puede también considerarse con capacidad administrativa para cuestionar todo lo que la administración pueda resolver a su respecto, p. ej. ante la justicia contravencional si la administración cuestiona su falta de título habilitante o autorización administrativa. Creemos que la solución afirmativa se impone, máxime que ya existen pronunciamientos señalando que para ejercer actividades de subsistencia, en tanto no estén expresamente prohibidas por la ley local, no se requiere autorización administrativa.²⁴

3.3. Menor adulto con título profesional habilitante

De acuerdo con la reforma al art. 128 del Código Civil (según la ley 26.579), “El menor que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización, y administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ello.” Esta norma consagra, para el menor *profesional*, capacidad legal para el ejercicio de su profesión, separándolo así del menor *industrial*, al cual el art. 283 le *presume* autorización paterna, pero no le confiere legalmente capacidad propia. La capacidad legal del menor puede emerger tanto de un título profesional estatal como no estatal.²⁵ En consecuencia, los menores con título profesional habilitante, con las distinciones efectuadas, tienen plena capacidad para el ejercicio de su profesión y pueden por tanto actuar ante la administración a esos efectos sin necesidad de autorización paterna o ministerial. La expresión “título habilitante para el ejercicio de una profesión” tiene una clara connotación en el sentido de título obtenido después de cursos o estudios superiores de cierto nivel terciario; esto significa a nuestro juicio que debe tratarse de una carrera como mínimo de cuatro años, por el momento.

En las demás profesiones para carreras de menor duración, por ello, resultaría nuevamente de aplicación el art. 283, que solamente los *presume* autorizados para el ejercicio de su profesión o industria y admite por ende prueba en contrario. En el caso de los profesionales *stricto sensu*, la habilitación es *legal*.

²³ Comp. MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 686; 5ª ed., p. 798.

²⁴ THEA, FEDERICO G., “Subsistir no requiere permiso habilitante,” *LL*, 2008-E, 424. La solución fue luego dejada sin efecto, pero en general existe en el mundo una cierta tolerancia. En el fracasado atentado terrorista de *Times Square* en mayo de 2010, fue un vendedor ambulante el que hizo la oportuna denuncia policial... Creemos que la solución laxa, si bien opinable, está conforme a los criterios con los cuales hoy en día se enfocan ciertos conflictos sociales; p. ej. en la villa 31 de la Capital Federal ya se abandonó el intento de erradicación y se opta por la urbanización, en la medida de lo posible, con inversión pública en lo que son básicamente tierras tomadas.

²⁵ Están equiparadas tanto las instituciones universitarias como las instituciones de educación superior no universitarias estatales o privadas reconocidas, que cumplen los requisitos establecidos para ello —que no distinguen entre institutos estatales o no estatales (ley 24.521, arts. 1º, 24 y 40 a 43.)

3.4. *Menor adulto que ingresa a la función pública*

Los menores adultos de más de catorce años tienen capacidad civil para “celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante,”²⁶ lo que sin duda comprende el ingreso a la función pública, pasantías, etc.

En consecuencia, el individuo de más de catorce años que se presenta a un concurso para ingresar a la función pública está ejerciendo el acto de oferta de contrato de trabajo,²⁷ encontrándose plenamente capacitado para ello. Se sigue de allí que también tiene capacidad civil para impugnar todos los actos que sean parte del referido concurso.²⁸ Pero como mínimo y por extensión del art. 283 del Código Civil, si se ha presentado al concurso sin dicha autorización y sin serle ella recabada previamente, podría tenérselo por presuntamente autorizado para seguir interviniendo en el trámite administrativo como parte, sin perjuicio de que la perfección del vínculo requiriera dicha autorización. Destacamos, no obstante, que la nota a este art. ya dice que la incapacidad de los menores está limitada al derecho privado y no se extiende al derecho público. Por lo tanto, no es terminante la solución de entender que el menor de menos de dieciocho años requiere autorización de sus padres para celebrar el contrato de empleo *público*, salvo norma expresa en sentido contrario en los regímenes de ingreso a la función pública.

3.5. *Menor emancipado por matrimonio*

Según el art. 131 del Código Civil, los menores de ambos sexos adquieren la emancipación en caso de matrimonio, sin necesidad de formalidad adicional alguna y cualquiera fuese la edad en que se hubieren casado. Esta emancipación es irrevocable.²⁹ Y, salvo algunas limitaciones especiales,³⁰ confiere capacidad plena al menor. Lo habilita enteramente para actuar en el procedimiento administrativo, sin necesidad de autorización de ninguna especie. Si bien es requisito de la emancipación válida que ella se haya producido con la necesaria autorización, con la modificación establecida por la ley 26579 la invalidez del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, salvo respecto del cónyuge de mala fe para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada.³¹ O

²⁶ Art. 128 del Código Civil.

²⁷ Se trata, en efecto, de la misma situación jurídica de los oferentes en una licitación pública: *supra*, t. 2, cap. XII, “La licitación pública.”

²⁸ Conf. HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 41; ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 65, nota 24.

²⁹ Art. 133, primera parte: “La emancipación por matrimonio es irrevocable y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, salvo lo dispuesto en los artículos 134 y 135, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad, tengan o no hijos.”

³⁰ Arts. 134 y 135. Algunas limitaciones existentes anteriormente, *v.gr.* “para estar en juicio en pleito civil,” han sido suprimidas con la reforma de 1968.

³¹ Art. 132 (según la ley 26.574): “La invalidez del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, salvo respecto del cónyuge de mala fe para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada. Si algo fuese debido al menor con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad.”

sea, incluso en caso de nulidad del matrimonio, los actos del emancipado mantienen su validez. Por lo demás, en el caso del matrimonio aparente, subsistirá la emancipación respecto del cónyuge de buena fe.³²

3.6. Menor adulto como usuario o administrado

Todo menor adulto que se encuentra como usuario de un servicio público tendrá también, en consecuencia, capacidad administrativa para discutir y defender sus derechos frente al concesionario o licenciatario frente a la administración prestadora del servicio.³³ Incluso hoy la ley 26.062 establece en su art. 19 que los niños y adolescentes tienen derecho a la libertad, comprendiendo tal derecho el de “expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos.” Ello ya así para el menor impúber, como se explica más abajo,³⁴ por lo que con mayor razón aun cabe reconocer su capacidad en tales situaciones siendo menor adulto.³⁵

3.7. Conclusiones

Aun en ausencia de normas, los menores adultos pueden actuar por sí, sin necesidad de autorización paterna. Dado que “La incapacidad de los menores es limitada al derecho privado y no se extiende al derecho público,”³⁶ no existe fundamento *legal* para crear incapacidades en el procedimiento administrativo y el criterio de interpretación de la capacidad debe entonces ser amplio.³⁷ Todo menor adulto debe ser considerado con capacidad para intervenir en el procedimiento administrativo. El derecho público a la ciudadanía, en efecto, que permite al individuo interesarse y decidir en los asuntos públicos, comprende a nuestro juicio necesariamente el derecho y la capacidad para intervenir en los asuntos y procedimientos administrativos, que no son sino parte de aquéllos.³⁸

³² Modif. por la ley 26.574.

³³ No hace falta, al efecto, recurrir a nociones tales como las de relaciones de “especial sujeción” del particular con la administración, que a demás resultan peligrosas al potenciar las facultades de la administración en desmedro de los derechos individuales. Ver también nuestro art. “Las facultades normativas de los entes reguladores,” *RAP*, 212: 120, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996. Ver, desde ángulos opuestos, PAREJO ALFONSO, LUCIANO, “La categoría de las relaciones especiales de sujeción,” en MUÑOZ, GUILLERMO A. y SALOMONI, JORGE L. (dir.), *Problemática de la Administración contemporánea*, Buenos Aires, Ad-Hoc y Universidad Notarial Argentina, 1997, p. 131 y ss. y SALOMONI, “La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el Derecho público argentino,” *idem*, p. 151 y ss.; LASAGABASTER HERRARTE, INAKI, *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, Civitas, 1994.

³⁴ Ver *infra*, § 4, “Menor impúber.”

³⁵ Entendemos que la misma solución se aplica, *mutatis mutandis*, cuando la legislación administrativa sólo tiene una previsión genérica respecto a la capacidad administrativa.

³⁶ Nota al art. 128 del Código Civil.

³⁷ Comp. PEARSON, MARCELO MARIO, *Del recurso jerárquico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1954, p. 29; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 687; 5ª ed., p. 799.

³⁸ Era irracional admitir que una persona tenía el derecho y el deber de decidir los asuntos del país, que sin duda son más trascendentes que los suyos propios, pero no a decidir los exclusivamente suyos. Dado que un menor puede ser funcionario público y decidir *en nombre del Estado*, no puede pretenderse imponerle limitaciones a su actuación *en nombre propio* ante ese Estado.

Lo mismo cabe decir del derecho a la participación política que les corresponde a todos los habitantes, sean o no ciudadanos. Es también aplicable analógicamente la regla de los dieciocho años, por la mayor capacidad civil que actualmente confiere el Código de la materia y lo dicho en la nota al art. 128.

En los ordenamientos particulares para un grupo de individuos entre los cuales hay o puede haber menores, tales como los establecimientos educativos medios y superiores, debe admitirse la capacidad administrativa de tales menores, a todos los efectos propios del régimen de que se trata. (Especialmente en cuanto a la interposición de recursos contra los actos que puedan afectar sus derechos o intereses.)³⁹

La misma regla se aplica en lo que algunos autores denominan regímenes “de sujeción especial,”⁴⁰ como los internados en Institutos de Menores. Sólo en los casos restantes, cuando no hay un ordenamiento especial del cual puede resultar una capacidad *ad-hoc*⁴¹ y tratándose no ya de un menor adulto sino de un menor impúber, reaparece la excepción de la incapacidad administrativa salvo autorización paterna o dispensa administrativa.

En suma:

a) Tomando las reglas civiles de la capacidad (no de la incapacidad), resulta la plena capacidad administrativa de los menores en los supuestos ya enumerados.⁴²

b) Cuando el menor adulto *no* tiene capacidad de acuerdo con la legislación civil, a nuestro entender corresponde, por analogía, aplicar las disposiciones sobre la capacidad para votar y debe reconocérsele de pleno derecho capacidad administrativa en todos los casos, inclusive sin norma expresa que lo disponga en el derecho procedimental local. Lo mismo para tener otro tipo de participación política como habitantes.⁴³ (Delegados estudiantiles a los Consejos Universitarios o cualquier otro órgano colegiado de la Universidad o Facultad a que pertenecen, etc.)

c) Existiendo regímenes especiales de derechos y deberes para personas entre las que se encuentran menores, cabe reconocerles una capacidad *ad-hoc*, igualmente sin autorización paterna o administrativa.

³⁹ En sentido similar PUCHETTI, ANTONIO CORRADO, *Il ricorso gerarchico*, Padua, CEDAM, 1938, pp. 226-227, expresa que la capacidad de actuar está dada por “la existencia de una relación actual y directa entre el individuo y la Administración Pública” (p. 226), lo que hace que el menor sea admitido *ipso jure* al procedimiento, p. 227. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, op. cit., p. 260, admite de antaño la capacidad del menor para utilizar los servicios públicos — y por ende, agregamos nosotros, para cuestionarlos — o percibir los beneficios de la acción de fomento, etc. En sentido análogo su *Manual de procedimiento...*, op. cit., pp. 155-6.

⁴⁰ Ver *supra*, nota 33.

⁴¹ Según la expresión de ANDREOZZI, MANUEL, *La materia contencioso-administrativa*, Tucumán, 1947, p. 153.

⁴² *Supra*, § 3.1, “Menor adulto funcionario público,” § 3.2, “Menor adulto que ejerce «profesión o industria»,” § 3.3, “Menor adulto con título profesional habilitante,” § 3.4, “Menor adulto que ingresa a la función pública,” § 3.5, “Menor emancipado por matrimonio o habilitación.”

⁴³ Ver *supra*, t. 1, cap. II, “Pasado, presente y futuro del derecho administrativo,” § 4.2.2.3, “La participación administrativa” y sus referencias.

4. *Menor impúber*

Existe en el mundo una tendencia a aumentar la capacidad jurídica de los menores y reducir la edad para adquirir una u otra capacidad civil, tendencia a la que nos estamos aproximando.⁴⁴ En el derecho alemán, en el caso de los niños de siete años cumplidos, no se habla de incapacidad civil, sino de capacidad limitada. Los niños impúberes de más de siete años tienen capacidad para actuar en el plano del derecho privado y del derecho público, dentro de determinados límites.⁴⁵ Así es como se construyen, para el menor impúber, supuestos similares a los ya analizados para el menor adulto en ordenamientos más tradicionales. P. ej., el menor impúber está autorizado expresa o tácitamente por sus padres y el ordenamiento jurídico para actuar en determinadas circunstancias: Utilización y contratación de servicios públicos en carácter de usuario (transporte público y privado, teléfonos, correo, ahorro, etc.), regímenes integrales tales como escolaridad, algunos supuestos de relaciones de trabajo cuando ellas pueden ser admisibles, etc. En estos casos ya va siendo regla la admisión de capacidad administrativa para los supuestos derivados de la relación jurídica para la cual se le reconoce, limitadamente, capacidad jurídica civil.⁴⁶ Por lo demás, el juicio de valor que emerge de la Convención Interamericana de Derechos del Niño es proclive a ese reconocimiento,⁴⁷ y el art. 2 de la ley 26.061 de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes establece que dicha convención es “de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad.”

Creemos que cabe admitir, en el menor impúber, la capacidad (que obviamente tienen y practican habitualmente) de solicitar el uso de los servicios indicados, u otras prestaciones normales de la administración, o gozar y utilizar los bienes del dominio público. Como ya señalamos, en los tiempos que corren cabe también reconocerles aptitud para realizar labores en la vía pública que hagan a su subsistencia, aunque no se nos escapa que es una materia altamente opinable, en la que además existen normas legales locales e iniciativas tendientes a limitar aún más ciertas actividades en la vía pública, sean por parte de menores o mayores de edad.

En supuestos que excedan la normalidad de la relación administrativa puede ser admisible que mediando autorización paterna, o en su defecto dispensa ad-

⁴⁴ Ley 26.579.

⁴⁵ MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁶ MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. cit.*, p. 84. Comp. GÓMEZ SANCHÍS, DANIEL, “Principios, sujetos y actos del procedimiento administrativo,” en ISMAEL FARRANDO (H.) y PATRICIA R. MARTÍNEZ (Directores), *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pp. 591-630, 608.

⁴⁷ No desoigamos los dictados axiológicos de una convención internacional, como ocurrió en *E.*, *F.E.*, en GORDILLO y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., cap. IV, “Filosofías y técnicas de interpretación,” pp. 1-15.

ministrativa cuando las circunstancias del caso lo justifiquen, el menor pueda actuar con el señalado alcance en el procedimiento administrativo.

5. *El inmigrante irregular*⁴⁸

La ley 25.871 de migraciones establece una plena capacidad, limitada sólo por el objeto, a los inmigrantes irregulares, o sea aquellos que no han satisfecho las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia.⁴⁹ Ellos tienen plena capacidad en todos aquellos procedimientos administrativos y judiciales relativos a su situación migratoria, pero también para el “acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria.”⁵⁰ Igualmente son capaces para su admisión como alumnos,⁵¹ y por ende los demás derechos inherentes a la calidad de tales, en cualquier establecimiento educativo, “público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario” (lo cual incluye entonces doctorado, especialización, post-doctorado, etc.) Ello implica que, a diferencia de otros países en los que ciertos derechos del ordenamiento interno se adquieren recién satisfechos los requisitos migratorios, en el nuestro quien no cumplió la admisión regular o excedió el plazo y condición de permanencia (típicamente, el que ingresa con visa de turista por tiempo determinado y no egresa del país ni pide prórroga o permanencia al cumplirse el término otorgado) tiene, no obstante, el ejercicio de los derechos enunciados precedentemente. Puede concedérseles residencia precaria por hasta 180 días corridos, renovables hasta la resolución de la admisión,⁵² con pleno ejercicio de derechos, entre ellos a la reunificación familiar con sus “padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes;”⁵³ a la no discriminación en el empleo.⁵⁴ Por todo ello, su capacidad para ser parte frente a la administración pública puede decirse que existe con total independencia del trámite que lleve su proceso de admisión o inadmisión definitiva al país. Más aún, la demora en el trámite administrativo no autoriza a que “tengan inconvenientes derivados de tal demora,”⁵⁵ lo cual implica, de hecho, un reconocimiento de capacidad plena para todos los trámites administrativos.

5.1. *La asistencia jurídica y lingüística gratuita al inmigrante irregular*

Además de la ley 25.871, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, requiere que las autoridades del Estado receptor informen sin dilación, a todo detenido extranjero, acerca de los derechos que este instrumento le brinda

⁴⁸ Ampliar en nuestro art. “El inmigrante irregular en la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino,” *LL*, 2004-B, 1123-33.

⁴⁹ Art. 5°.

⁵⁰ Art. 8°, 1ª parte.

⁵¹ Art. 7°.

⁵² Art. 20.

⁵³ Art. 10.

⁵⁴ Salvo la responsabilidad de sus empleadores, conf. art. 16.

⁵⁵ Art. 26, 2° párr. *in fine*.

(art. 36.1.b). Como la notificación atiende a que el inmigrante disponga de una defensa eficaz, ella debe ser oportuna, en el momento procesal adecuado para el objetivo, *v.gr.* en materia penal, debe ser previa al momento de privar de la libertad al inculcado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad.⁵⁶ El art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que todas las personas (inmigrantes o no, regulares o indocumentados) son iguales ante los tribunales, teniendo el derecho de información, de defensa legal y a ser asistidas gratuitamente por un intérprete, si no comprenden o no hablan el idioma empleado por el tribunal. Así también los derechos mencionados en el art. 8.2 de la CADH, aplicables a todos los procedimientos administrativos.⁵⁷

5.2. Régimen de recursos y acciones

La Corte IDH ha resuelto que “los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio.”⁵⁸ El principio de la igualdad y no discriminación alcanza a todos los Estados: pertenece al *jus cogens*, por lo que “esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*, que se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas.”⁵⁹ Las disposiciones de la ley 25.871 relativas al régimen de los actos administrativos en materia migratoria, producen una elogiable evolución desde el punto de vista del debido proceso adjetivo⁶⁰ y claro está que debe generalizarse. En efecto, si bien el análisis del procedimiento recursivo establecido en la ley demuestra que desde el punto de vista formal es el mismo que el previsto en el decreto 1752/72, reglamentario del decreto-ley 19.549/72, presenta diferencias sustanciales que lo ponen en las antípodas del procedimiento general: a) Todos los recursos administrativos y judiciales tienen efecto suspensivo de los actos dictados por la autoridad migratoria;⁶¹ y b) la ejecución de los actos requiere la intervención judicial.⁶²

⁵⁶ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, OC-16/99, del 1º de octubre de 1999, párr. 106.

⁵⁷ Los derechos y garantías del párr. 2º del art. 8º son aplicables a todo tipo de procedimiento, sea civil, administrativo, fiscal, y no sólo al penal: Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revorero Marsano c/ Perú)*, 31 de enero de 2001, Serie C: No. 71, párr. 70; *Baena Ricardo y otros (270 trabajadores c/ Panamá)*, 2 de febrero de 2001, Serie C: No. 72, párr. 125; *Ivcher Bronstein c/ Perú*, 6 de febrero de 2001, Serie C: No. 74, párr. 103; *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*, OC-11/90, Serie A: No. 11, párr. 28.

⁵⁸ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados*, OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, párr. 107.

⁵⁹ *Idem ant.*, párr. 109.

⁶⁰ CARRILLO, SANTIAGO R., “El procedimiento migratorio y su control judicial en la ley 25.871.” en preparación.

⁶¹ Art. 82.

⁶² Ampliar en CARRILLO, “El procedimiento migratorio...,” *op. loc. cit.*

6. Menores internados.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha reconocido legitimación y ha dado lugar como recurso de amparo a la presentación de un niño internado en un establecimiento asistencial que escribió al tribunal preguntando —en una hoja de cuaderno— por qué no podía ver a su padre. El tribunal abrió la causa, investigó los hechos y concluyó en que el niño estaba internado sin causa fáctica suficiente, ya que su padre no presentaba inhabilidad alguna para ser privado de la tenencia. Los datos del instituto simplemente eran erróneos o falsos. ¿Hizo bien el tribunal? Por supuesto que sí.⁶³

7. Adultos con capacidad limitada⁶⁴

7.1. Sordomudos

El sordomudo tiene plena capacidad civil en tanto pueda darse a entender por escrito;⁶⁵ si no pudiera darse a entender por escrito puede ser declarado incapaz “para los actos de la vida civil.”⁶⁶ Darse a entender por escrito comprende cualquier otra manera equivalente de expresión. Incluye por ende todos los procedimientos técnicos existentes: manuscritos, con máquina de escribir, computadora u ordenador, etc. Por extensión, abarca igualmente a los más modernos medios de comunicación: traductoras electrónicas de bolsillo en las cuales con un pequeño teclado se puede mostrar en el *display* o ventanilla cualquier palabra del lenguaje y en consecuencia también poner de manifiesto por escrito, cualquier comunicación que la persona quiera efectuar. Lo mismo ocurre con las máquinas sintetizadoras de voz a partir de información digital que la persona carga en la máquina. Tratándose de una limitación a su capacidad de comunicación y no a sus aptitudes mentales,⁶⁷ la administración debe admitirle con plena capacidad en tanto exista medio apto para su comunicación.⁶⁸ Por ello, un sordomudo puede dar poder para que otra persona lo represente en sede administrativa y el representante, que no tendrá dificultades de comunicación, actuará en nombre de una persona administrativamente capaz. Sería éste un caso en que podría distinguirse, a semejanza del derecho alemán, entre capacidad para ser parte y

⁶³ Ver PIZA ESCALANTE, RODOLFO E. y otros, *La Sala Constitucional. Homenaje en su X Aniversario*, San José, Costa Rica, Universidad Autónoma de Centro América, 1999, esp. ARMIJO SÁNCHEZ, GILBERT, “Tutela de los menores en el ámbito constitucional,” p. 127 y ss.

⁶⁴ Nuestro código habla de “incapacidad” o “inhabilidad,” pero es más correcto el concepto de capacidad limitada del derecho alemán: MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. loc. cit.*

⁶⁵ Código Civil, art. 153.

⁶⁶ Código Civil, art. 153.

⁶⁷ Pues no se cometerá ciertamente el viejo error de suponer que porque no se comunica del mismo modo que las personas que hablan y escuchan, tiene disminuidas sus facultades mentales. Como dice el actual art. 155 del CC, el sordomudo puede o no tener alguna incapacidad mental, cosa que determinarán los médicos que lo examinen en caso de duda al respecto.

⁶⁸ Coincide con esta apreciación CANOSA, *op. cit.*, p. 85.

capacidad para obrar como parte en el procedimiento:⁶⁹ el sordomudo puede ser parte, pero si no se puede comunicar no tiene capacidad para actuar él mismo en el procedimiento, sino que debe hacerlo por medio de un mandatario.

Otra forma de resolver la misma cuestión es prever la designación de un intérprete, como lo hace la ley húngara.⁷⁰

7.2. *Enfermedades mentales*

Conforme al art. 143 del Código Civil, corresponde distinguir entre *demencia*, como carencia de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (art. 141) y *manía*, que podrá ser total o parcial, art. 143. La reforma de 1968 modifica el art. 141 referente a la demencia, que antes no admitía gradaciones⁷¹ y hoy en día sí, a través de la declaración de capacidad limitada que prevé el art. 152 *bis* inc. 2). Se sigue de allí que puede declararse la incapacidad de una persona solamente para algunos aspectos de su vida de relación, pero no necesariamente para todos: sería el caso de la llamada por el codificador “manía parcial.” En tales casos corresponderá estar a los alcances de la sentencia. La incapacidad administrativa no se presume sino que debe surgir del auto declarativo.⁷² De cualquier modo, en tanto el demente o maníaco no deba estar internado, entra en las mismas relaciones con la administración que los menores impúberes, en particular en lo referente a la utilización de los servicios asistenciales, hospitalarios, de transporte, teléfonos, correos, etc., todo lo cual reafirma su capacidad *limitada*, pero existente,⁷³ p. ej. para reclamar ante las autoridades administrativas de contralor de los servicios respectivos. Va también de suyo que si quien se presenta como parte en el procedimiento administrativo no ha sido judicialmente declarado demente, sería absurdo que la administración pretendiera cuestionarle su capacidad administrativa con dicha argumentación, ni siquiera pidiendo ella misma la declaración judicial de demencia.⁷⁴ Puesto que la capacidad se presume, el particular supuestamente enfermo debe ser tenido como parte, en tanto aquella calificación judicial no se produzca.

⁶⁹ *Supra*, nota 1 y sus remisiones.

⁷⁰ Ampliar *infra*, cap. VI, “Apertura a prueba. Medios de prueba,” § 22.6, “Intérpretes.”

⁷¹ Este art. decía: “Se declaran dementes los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, *aunque tengan intervalos lúcidos, o la manía sea parcial.*”

⁷² Comp. CANOSA, *op. cit.*, p. 85.

⁷³ La cuestión tiene a veces importancia práctica, cuando los hospitales de enfermos mentales se limitan a la atención de los casos graves, dejando con tratamiento ambulatorio a los que no resultan peligrosos para sí o para terceros. Siendo esto una falencia de la administración a través de su rama hospitalaria, mal puede ella negarle capacidad de actuar administrativamente, que viene de hecho siendo reconocida por la no internación del enfermo mental. Son así muchos los casos en que las políticas sociales del Estado en áreas como salud, educación, vivienda, integración social en general, etc., deben verse acompañadas por una interpretación coherente del procedimiento administrativo mediante el cual se aplican.

⁷⁴ Salida fácil que algunos han querido encontrar en el caso de denunciantes especialmente molestos o persistentes.

7.3. Otros casos de capacidad limitada

En el caso de quienes padecen de embriaguez habitual, son pródigos declarados judicialmente, o se encuentran disminuidos en sus facultades mentales sin llegar a la incapacidad por demencia, el art. 152 *bis* del Código Civil prevé que se les nombre un curador, sin cuya conformidad “no podrán disponer de sus bienes por acto entre vivos.” Con esta excepción tales personas pueden realizar “por sí sólo actos de administración,” salvo los que les sean limitados por sentencia judicial. Mientras la sentencia no contenga expresas limitaciones, ha de interpretarse que la persona tiene plena capacidad administrativa, excepto para disponer de sus bienes frente a la administración. No cabe admitir intervención del curador en tanto la persona actúe dentro de los límites de su capacidad,⁷⁵ ni tampoco desconocerle su capacidad administrativa.

8. Entes estatales con personalidad jurídica⁷⁶

Nos parece importante que en el Estado de Derecho se promueva el debate jurídico e institucional en el propio seno de las administraciones públicas. Por ello pensamos que deben apoyarse aquellas soluciones que lo favorezcan, p. ej., que los entes estatales puedan cuestionar actos administrativos.⁷⁷ Sin embargo, nuestra tradicional tendencia a no favorecer el debate también se manifiesta en este punto, si bien con excepciones.⁷⁸ Es así como en el orden nacional impera la tesis según la cual cabe excluir la posibilidad, para los órganos estatales, tengan o no personalidad jurídica propia, de interponer recursos contra actos administrativos o reglamentos que afecten sus derechos o intereses. Se les permite en cambio enviar notas con peticiones y problemas al superior que serán así meramente graciabiles; nada impide tampoco las comunicaciones o peticiones horizontales. En tal sentido, el art. 74, 2ª parte, del reglamento nacional establece que “Los organismos administrativos subordinados por relación jerárquica no podrán

⁷⁵ MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. loc. cit.*

⁷⁶ Ver y ampliar MAIORANO, JORGE LUIS, “Analogía y conflictos interadministrativos,” *LL*, 1989-D, 324, nota a fallo de la CNFed. CA, Sala III, *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Estado Nacional (Secretaría de Agricultura y Ganadería)*, conf. plenario *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Administración Nac. de Aduanas*, *LL*, 1988-A, 264; CSJN, *Fallos*, 269: 410; 272: 299, *LL*, 133: 219. Admite la controversia judicial CSJN, *Fallos*, 242: 489; 275: 279; 295: 651.

⁷⁷ PUCHETTI, *Il ricorso gerarchico*, *op. cit.*, p. 228; Costa Rica, art. 43 inc. 1º. GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. 198 y ss., expresa que el integrante del cuerpo colegiado puede atacar el acto ilegal, en cuanto individuo; podría admitirse que no como administrado sino como funcionario, tiene interés legítimo en la invalidación del acto. Formula la impugnación no como órgano del Estado ni como particular, sino como agente del Estado. En Perú se admite la calidad de parte aduciendo “el interés de la comunidad,” a las “entidades de derecho público interno,” incluyendo estatales y no estatales: BACACORZO, *op. cit.*, comentario al art. 7º. La solución señalada en el texto es la que propiciamos desde 1964 en el art. 269 del Proyecto de Código Administrativo, en *Introducción al derecho administrativo*, *op. cit.* p. 266.

⁷⁸ Ver ABERASTURY, PEDRO, “La legitimación del tercero en el procedimiento administrativo,” en Universidad Austral, *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, pp. 161-72, esp. pp. 170 y 171.

recurrir los actos del superior; los agentes de la administración podrán hacerlo en defensa de un derecho propio. Los entes autárquicos no podrán recurrir actos administrativos de otros de igual carácter ni de la administración central, sin perjuicio de procurar al respecto un pronunciamiento del ministerio en cuya esfera común actúen o del Poder Ejecutivo nacional, según el caso.”

Si bien la norma referida a la supuesta imposibilidad de recurrir actos administrativos, alude solamente a los órganos de la administración central y entes autárquicos, ella ha tenido una interpretación impropriamente extensiva: se ha dicho así que tiene aplicación también para los entes descentralizados en general,⁷⁹ ninguno de los cuales podría entonces, en esa interpretación, interponer recursos administrativos no obstante tener desde luego personalidad jurídica propia. Esta solución no podría aplicarse, en caso alguno, a las autoridades administrativas independientes;⁸⁰ ni a entidades estatales regidas por el derecho privado.⁸¹ Esta limitación se fundaba inadecuadamente en “la relación jerárquica entre la Administración Central y un ente autárquico”⁸² o, más propiamente, en la común finalidad que tienen los órganos estatales, tengan o no personalidad jurídica propia, que excluye el planteo de recursos entre ellos y la necesidad de preservar la unidad de acción administrativa.⁸³ Pero ello tampoco parece una fundamentación suficiente para excluir el debate y la sana crítica en los órganos del Estado; el decreto establece así una solución que excede, inconstitucionalmente, lo prescripto en el decreto-ley 19.983/72. Éste rige las controversias de carácter patrimonial que se produzcan entre entes estatales o entre estos y la administración central, sustrayéndolas de la competencia judicial y sometiénolas a resolución definitiva, según su monto, de la Procuración del Tesoro de la Nación o del Poder Ejecutivo nacional previo dictamen de aquélla. Pero si el decreto-ley pudo excluir válidamente los reclamos pecuniarios de estos entes, no puede un simple decreto violar la regla de autonomía y cercenar al ente estatal el derecho a cuestionar actos ilegales. Al no aplicarse la excepción, reencuentra su vigor la norma general.⁸⁴ Existen normas especiales que han admitido la facultad recursiva de entes esta-

⁷⁹ HUTCHINSON, *Ley...*, op. cit., t. II, p. 324; CANOSA, *Los recursos...*, op. cit.; PTN, *Dictámenes*, 220: 143; 216: 1 y 51; 210: 156; 201: 184; entre muchos otros.

⁸⁰ *Supra*, t. 1, cap. XII, “Los órganos del estado,” § 14, “Autoridades administrativas independientes.”

⁸¹ Sin embargo esta norma ha sido considerada aplicable a sociedades anónimas cuyas acciones se encontraban en poder del Estado y a obras sociales “constituidas como entes autárquicos.” *Dictámenes*, 210 2ª Parte: 155; 166: 39; 159: 150; 168: 369; 199: 97; 207 1ª Parte: 222, entre otros. CSJN, *Elma*, ED, 74: 245, año 1977; BARRA, RODOLFO C., “Conflictos interadministrativos, competencia del Poder Judicial y naturaleza jurídica de las sociedades estatales,” ED, 79: 324. Por lo expuesto no es parece una solución recomendable.

⁸² PTN, *Dictámenes*, 127: 5. Por cierto, no hay relación jerárquica. Ampliar *supra*, t. 1, cap. XII, § 12, “La jerarquía.”

⁸³ CANOSA, op. cit., p. 82.

⁸⁴ En Corrientes, art. 243, el principio general es “cualquier persona física, pública o privada” y como aclaran REVIDATTI y SASSÓN, op. cit., p. 249, “estatal,” tiene capacidad para ser parte; salvo, por excepción, la “reclamación pecuniaria,” art. 281; REVIDATTI y SASSÓN, op. cit., p. 277.

tales, como sucede con la que asiste a las Empresas del Estado respecto de actos de “observación” (vetos) que el síndico destacado por el Poder Ejecutivo en ella haya efectuado a sus actos. En este caso, de acuerdo con el decreto reglamentario, el recurso puede interponerlo “el directorio o la autoridad equivalente de la empresa” (art. 6°), siendo evidente que lo hace en representación de la propia empresa, o sea, quien recurre es la empresa del Estado misma.

Las normas de procedimiento suelen reconocer el carácter de parte interesada a “cualquier persona física o jurídica, pública o privada,” lo cual incluye explícitamente a todos los entes estatales dotados de personalidad jurídica y con mayor razón a los entes públicos no estatales. Estos últimos, desde luego, no están sometidos al régimen del decreto-ley 19.983/72.⁸⁵

9. Órganos administrativos sin personalidad jurídica

Cabe analizar si los órganos de una entidad administrativa (sea ésta la administración central o un ente descentralizado) pueden interponer, en cuanto meros órganos, recursos administrativos contra actos del superior jerárquico, o de otras autoridades del ente a que pertenecen.⁸⁶ Así como hay conflictos interadministrativos e interorgánicos, en tal situación nada impide que otros órganos del mismo ente se opongan al progreso del recurso, defendiendo la legitimidad del acto impugnado. La legislación administrativa argentina provincial omite pronunciarse en forma expresa al respecto;⁸⁷ la reglamentación nacional toma partido por la negativa,⁸⁸ pero se trata de una situación disvaliosa. Esa regla tiene excepciones derivadas de otras normas, como el Defensor del Pueblo de la Nación,⁸⁹ dentro de los límites del art. 21, párr. 3°, de la ley 24.284, o el Defensor de la Ciudad en su ámbito. La legislación extranjera a veces lo admite con carácter general.⁹⁰

⁸⁵ En igual sentido ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 76, aunque nos atribuyen la opinión contraria en la nota 68. Más allá de una eventual imprecisión en la p. I-20 de la anterior edición, nuestra opinión ha sido siempre la expuesta en el texto. No existe pues divergencia en el punto.

⁸⁶ Lo niega PUCHETTI, *op. cit.*, pp. 228-9, fundándose en la falta de personalidad jurídica y en un criterio de organización administrativa. También GÓMEZ SANCHÍS, *op. cit.*, p. 604, niega carácter de parte a la autoridad pues ello implicaría reconocerle igualdad procedimental. En el derecho francés se lo admite, e incluso un ministro puede recurrir el acto de otro: DE LAUBADÈRE, ANDRÉ; VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, *Traité de droit administratif*, t.I, *Droit administratif général*, París, L.G.D.J., 1999, 15ª ed., § 692, p. 562.

⁸⁷ Chaco, art. 12, admite el carácter de parte a “cualquier persona física o entidad pública o privada, *con personería jurídica o no*” (obviamente debió haber dicho “personalidad” y no “personería.”) En contra, La Pampa, art. 85 del reglamento, que transcribe el art. 74 nacional.

⁸⁸ Reglamento nacional, art. 74; Ciudad de Buenos Aires, art. 92; REVIDATTI, “Las partes...,” *op. cit.*, pp. 100-1.

⁸⁹ Lo desarrollan ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, pp. 78-9, quienes también recuerdan la injustificada restricción que la jurisprudencia le ha impuesto para actuar judicialmente.

⁹⁰ Ley alemana, art. 11 inc. 3° y art. 12 inc. 4°. Comparar WOLFF y BACHOF, *op. cit.*, pp. 326-7. En Costa Rica un miembro del órgano colegiado puede interponer recurso de revisión contra un acto del órgano (art. 55, inc. 1°), incluso si éste es el Consejo de Gobierno: art. 43, inc. 1°. Ver QUIRÓS CORONADO, *op. cit.*, pp. 137-48; CÓRDOBA ORTEGA, *op. loc. cit.*

9.1. *Órganos que defienden atribuciones del ente al que pertenecen.*

Hemos visto⁹¹ que en base a los derechos constitucionales de incidencia colectiva, tienen legitimación judicial para impugnar la acción u omisión administrativa, el usuario actual o potencial de los servicios, el vecino actual o potencialmente afectado, el jubilado, el ciudadano argentino, etc. Esa amplia categoría incluye por supuesto al funcionario o agente público, sea en su calidad de tal, o como ciudadano afectado, vecino, etc. No vemos ninguna razón de orden teórico o práctico que permita fundar en el derecho actual la negativa a reconocer igual legitimación a los órganos administrativos, aun carentes de personalidad jurídica. Sea ello así o no, menos razón puede haber para negarles legitimación en el procedimiento administrativo, en el cual incluso no existe condena en costas. Entendemos pues que los órganos administrativos de una entidad determinada, aunque no revistan el carácter de representantes legales de ésta, pueden no obstante interponer recursos administrativos ante la administración central contra los actos que afecten al ente al que pertenecen. P. ej., los miembros de los cuerpos colegiados pueden atacar administrativamente actos que estimen atentatorios a sus prerrogativas,⁹² las autoridades de un ente intervenido pueden cuestionar el acto de intervención, etc. Se ha reconocido también la legitimación judicial de los legisladores para cuestionar decisiones del cuerpo que les impidan ejercer sus funciones. En estos casos, aunque el órgano o el funcionario no ejerza una representación del ente, puede de hecho considerarse que actúa por derecho propio y admitirse entonces, para el procedimiento administrativo, la posibilidad de que sea parte en la controversia.

9.2. *Órganos que impugnan actos de un superior jerárquico que ha ejercido control de legitimidad sobre ellos.*

Si un superior jerárquico tiene por atribución específica revisar la legitimidad de los actos del inferior y esa atribución es suscitada por un particular mediante la interposición de un recurso administrativo contra un acto del inferior, parece lógico considerar que una vez decidido el recurso por el superior, el inferior carece de facultades para impugnarlo a su vez ante un nuevo superior jerárquico.⁹³ El

⁹¹ *Supra*, t. 2, caps. II, "Derechos de incidencia colectiva," III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," y IV, "El interés legítimo."

⁹² Conf. GABOLDE, CHRISTIAN, *Traité pratique de la procédure administrative contentieuse*, París, Dalloz, 1960, p. 148; DEBBASCH, CHARLES, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, t. 2, Aix-en-Provence, 1960, p. 287: La solución francesa admite el recurso también cuando el acto que afecta al cuerpo colegiado proviene de la misma administración a la que el cuerpo pertenece, solución que compartimos por las razones que a continuación se exponen en el texto.

⁹³ Conf. ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, Giuffrè, 1958, pp. 62-3 nota; desde luego, si el inferior resulta lesionado en sus derechos o intereses como agente del Estado por el acto del superior, puede recurrirlo: pero en tal caso a título personal y no como órgano del Estado; DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, 15ª ed., § 691, pp. 560-2; PEARSON, *op. cit.*, pp. 47-8; reglamento nacional, art. 74; Ciudad de Buenos Aires, art. 92.

fundamento de esta solución no es en rigor la imposibilidad de trabar relaciones o recursos administrativos entre órganos internos de un mismo ente. Ocurre que es simplemente irrazonable admitir que un procedimiento formal de revisión por vía de recurso jerárquico que pueda ser impugnado por el propio órgano cuyo acto fue objeto de revisión. Cabe interpretar pues que cuando existe una vía formal de revisión y ésta ha sido ejercida por medio de recurso, el orden jurídico no autoriza la impugnación de la revisión a instancias del órgano autor del acto originariamente atacado.

9.3. *Órgano interventor que impugna actos de quien lo designa.*

En este supuesto⁹⁴ podría interpretarse que si el órgano interventor actúa en representación de terceros bajo su órbita —por ej., su personal contratado— debería poder plantear los recursos administrativos del caso. De lo contrario, dada la interpretación jurisprudencial que no detecta un caso o controversia cuando el interventor se alza contra el Poder Ejecutivo en razón de un decreto dictado por éste, se operaría una denegación de justicia judicial y administrativa.

9.4. *Otros casos*

En el resto de los casos podría pensarse que dado que un órgano administrativo carece de personalidad jurídica, mal puede ejercer un derecho. Se sostiene que sería inadmisibles la existencia, dentro de un mismo sujeto, de voluntades contrapuestas, como supone la interposición de un recurso por un órgano administrativo contra el acto de otro. Ambos argumentos son insuficientes. El primero, porque si bien es cierto que cada órgano carece por sí de personalidad jurídica,⁹⁵ ello es en referencia a otros sujetos de derecho, pero no quita que pueda reconocérsele personalidad para sus relaciones con los demás órganos del mismo ente. En este sentido, la CSJN reconoció a la Facultad de Ciencias Médicas de la UNLP que se encontraba legitimada, por los arts. 50 de la Ley de Educación Superior y 76, inc. 19, del Estatuto universitario para cuestionar los actos dictados por el Consejo Superior de la Universidad. Si la ley 24.521 le asignó al órgano facultad una competencia específica para regular el régimen de admisión y regularidad de sus estudiantes en aquellas universidades nacionales que cuenten con más de cincuenta mil alumnos —en el caso, Universidad Nacional de La Plata—, resulta

⁹⁴ Ampliar en NIELSEN, FEDERICO, “Los conflictos interadministrativos en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” en *RDA*, Buenos Aires, vol. 2005, pp. 646-56, anotando el caso *Inadi c/ EN-Mrio. del Interior*, pp. 641-6.

⁹⁵ Para ciertos supuestos de órganos carentes de personalidad jurídica se ha admitido su capacidad de estar en juicio. Ver CNFed. CA, Sala III, *E.N. - M° Público de la Nación c/ E.N. (Resol. 121/03 del Consejo de la Magistratura)* y otro s/ *amparo ley 16.986*, del 27-II-04; BARRA, RODOLFO C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, t. 2, p. 275. Las Universidades estatales, desde luego, tienen plena capacidad para estar en juicio, sobre todo desde la última reforma de 1994 que les reconoce autonomía. Ver CSJN, *Poder Ejecutivo Nacional c/ Universidad de Buenos Aires (Resol. 2314/95)*, Fallos: 319: 562, año 1996.

razonable que también le confirió los medios procesales para defenderla y que, aun cuando esta situación se produzca por la actuación de un órgano superior, pueda acceder a la vía judicial para que los jueces resuelvan el conflicto. Parte de la doctrina reconoce que las relaciones entre órganos, si bien no son “jurídicas” respecto al ordenamiento del Estado, sí lo son dentro del ordenamiento interno a que pertenecen los órganos.⁹⁶ En lo que hace al segundo argumento, puede recordarse que “En ejercicio de sus atribuciones, los diversos órganos establecen entre sí vínculos de diverso contenido, que pueden ser de cooperación y aun de colisión. El ente, en cuanto ejercita una función, se puede contraponer a sí mismo en cuanto ejercita una función distinta; puede hallarse en contraste consigo mismo por el ejercicio de actividades diversas.”⁹⁷ “En esa forma, los actos de voluntad de cada uno de los órganos, cualquiera sea su contenido no pueden dejársele de imputar al ente al que pertenecen.”⁹⁸ Por ello, si bien en la actualidad todavía no se reconoce a un órgano, como regla general, la posibilidad de accionar o recurrir *judicialmente* contra el ente al que pertenece, cabe puntualizar que ello no le quita legitimación para obrar por derecho propio en el caso que el órgano colegiado, p. ej., no le permita el ejercicio de sus funciones. Se sigue de ello, a mayor abundamiento, que con mayor razón cabe admitir la posibilidad, dentro del procedimiento administrativo, de que el simple órgano pueda ser tenido como parte, además de su derecho a actuar por derecho propio en defensa de sus atribuciones. La solución que mencionamos tiene antecedentes en el derecho argentino.

⁹⁹ La conclusión se refuerza aplicando los principios orientadores de los incs. a) y c) del art. 2º de la ley de ética pública 25.188. Otras hipótesis en que puede ser de aplicación el criterio indicado serían: a) que un interventor designado en una repartición centralizada adoptara decisiones respecto a la oficina y que los órga-

⁹⁶ Conf. SAYAGÜES LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 183 y sus referencias; MARIENHOFF, “Actividad interorgánica. Relaciones interadministrativas,” *JA*, 1962-III, 77; SILVESTRI, ENZO, *L'attività interna della pubblica Amministrazione*, Milán, 1950, pp. 15-23; SANDULLI, ALDO, *Il procedimento amministrativo*, Milán, 1959, pp. 107-9. CSJN, 331: 2257, con nota de GONZÁLEZ NAVARRO, AUGUSTO, *LL* 2008-F, 477; con nota de CORONEL, GERMÁN A., *LL* 2009-B, 420. Resultan interesantes los fundamentos en contrario dados por los votos en disidencia, respecto de la relación entre las distintas unidades académicas y el órgano máximo de la universidad.

⁹⁷ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 78, SILVESTRI, *op. cit.*, pp. 17-8.

⁹⁸ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 79; SILVESTRI, *op. cit.*, p. 18. Cabe recordar en igual sentido, en el ámbito judicial, la hipótesis que recordamos en “El órgano institución y no la persona Estado como parte demandada en el amparo por mora,” reproducido en nuestro opúsculo *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 74, p. 163.

⁹⁹ Así ocurría con la D.G.I. respecto a la facultad de recurrir ante la Cámara Federal contra las decisiones del Tribunal Fiscal, cuando ambos eran organismos administrativos sin personalidad jurídica propia. La ley 23.495 otorgó autarquía a la D.G.I. en 1987 al modificar el entonces art. 53 de la ley 11.683, t.o. El decreto 618/97 instituye a la A.F.I.P. como entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y el Tribunal Fiscal de la Nación goza de autarquía en el orden administrativo y financiero desde 1993 cuando el decreto —de necesidad y urgencia— 1684 sustituyó el entonces art. 140 (actual art. 154) de la ley de procedimiento fiscal. Ver ley 11.683, t.o., art. 192; GIULIANI FONROUGE, CARLOS M. y NAVARRINE, SUSANA C., *Procedimiento tributario*, Buenos Aires, Depalma, 2001, 8ª ed. por SUSANA CAMILA NAVARRINE, pp. 775-80; IBAÑEZ FROCHAM, MANUEL, *La jurisdicción*, Buenos Aires, Astrea, 1972, p. 187.

nos afectados recurran de esas medidas en vía jerárquica; b) que un órgano se arrogue competencia que pertenece a otro y éste impugne ese avasallamiento de su competencia, ante un superior jerárquico común; c) que un superior jerárquico carente de facultades para revisar de oficio los actos de algún inferior, pueda sin embargo impugnar sus actos ante el órgano administrativo competente en las escalas jerárquicas superiores.

10. *Funcionarios o empleados públicos*

En todos los casos reseñados nos hemos referido a la hipótesis de que el órgano en cuanto tal defienda o controvierta, al sólo efecto administrativo y en su carácter de órgano público, la legitimidad del acto de que se trate. Pero puede suceder, también, que el funcionario respectivo que desempeña el órgano,¹⁰⁰ se considere afectado en sus derechos o deberes de empleado público, caso en el cual él puede desde luego ser parte en el procedimiento, pero a título personal y no como órgano estatal. En tal caso podrá interponer todos los recursos administrativos que sean del caso y también los judiciales: él se encuentra afectado como sujeto de derecho y no como órgano.¹⁰¹ También puede actuar a título de ciudadano o habitante común, pues ninguna inhabilidad o prohibición le impone el ordenamiento.¹⁰² Más aun, cabe señalarle especialmente deberes y por ende legitimación para cumplirlos, a tenor del citado art. 2º de la ley de ética pública 25.188, incs. a) o c).¹⁰³

11. *Sustitución de partes: Herederos*

Los herederos pueden continuar el trámite de la petición del causante. Ello se ilustra en el siguiente dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación: “Durante el trámite del recurso jerárquico que motiva las actuaciones, falleció el interesado Doctor [...] y en tal situación, su esposa Doña [...] y su hijo Don [...] presentáronse ante V.E., a fs. [...] invocando el carácter de herederos de su esposo y padre respectivamente, que acreditan a fs. [...] con el testimonio judicial de la declaratoria expedido en el juicio sucesorio del doctor [...] y toman intervención en este recurso como sucesores de aquél.” “Atento pues, el citado testimonio judicial y lo prescripto por los artículos 3279, 3417 y concordantes del Código Civil, la esposa e hijo nombrados tienen derecho a intervenir en estas actuaciones, por lo

¹⁰⁰ Nos remitimos al efecto a la distinción explicada *supra*, t. 1, cap. XII, § 1, “Concepto de órgano,” y § 3, “El órgano y el funcionario” y sus remisiones.

¹⁰¹ Reglamento nacional, art. 74; Ciudad de Buenos Aires, art. 92; PEARSON, *op. cit.*, pp. 47-8.

¹⁰² Ley 25.164, art. 24.

¹⁰³ Sin olvidar, desde luego, lo establecido al mismo efecto en los tratados internacionales vigentes: la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, ley 25.319, la Convención Interamericana contra la Corrupción, ley 24.759 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ley 26.097; ver CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, *La ética pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000; *supra*, t. 1, cap. XIII, “Agentes públicos;” ver nuestro art. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091.

que en la primera providencia de V.E. deberá disponerse tenerlos por parte en el carácter que invocan y entenderse con ellos en el ulterior trámite del recurso.”¹⁰⁴ A pesar de lo expuesto, en algunos casos en que el acervo hereditario era mínimo, por excepción se reconoció carácter de parte y efectuó pagos al heredero, aun sin declaratoria judicial.¹⁰⁵ Parece una solución empíricamente razonable en situaciones de hecho como las invocadas.

Hasta tanto se produzca la sustitución, algunas legislaciones prevén la suspensión del procedimiento si ello es necesario.¹⁰⁶

12. Terceros

En el procedimiento administrativo la noción de tercero es sumamente amplia y se refiere a una situación dinámica, de personas actual o potencialmente afectadas por las actuaciones administrativas que aun no han sido llamadas a tomar participación en ellas, o no la han pedido todavía.¹⁰⁷ El tercero, en este sentido, deja de serlo una vez que se presenta en las actuaciones, sea como coadyuvante o cointeresado de la pretensión del individuo ya interviniente, sea como contrainteresado. Una vez incorporado al procedimiento, adquiere plenamente el carácter de parte a todos sus efectos, perdiendo en consecuencia el carácter transitorio de tercero que antes tenía.¹⁰⁸

Son terceros en el procedimiento administrativo “los sujetos que aparezcan como titulares de una situación jurídica actual o eventual afectada (jurídicamente) por el contenido de otra distinta,”¹⁰⁹ aunque puede también tratarse de la misma relación jurídica que afecta de diversa o igual manera a más personas que las involucradas. Por eso la definición de tercero como persona “ajena a una relación o a una controversia suscitada entre partes,”¹¹⁰ no es suficiente en el procedimiento administrativo. En él se debaten tanto derechos subjetivos¹¹¹ e intereses

¹⁰⁴ PTN, *Dictámenes*, 51: 19.

¹⁰⁵ Decr. 6773/67, B.O. 26-X-67, p. 5.

¹⁰⁶ Tucumán dispone en su art. 10 la suspensión del procedimiento en caso de fallecimiento o incapacidad sobreviviente del representante, “cuando su intervención fuera necesaria para la regular prosecución del mismo;” Buenos Aires prevé la suspensión en igual caso, art. 12.

¹⁰⁷ Conf. ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 67. El primer precedente de lo expuesto proviene de nuestro Proyecto de 1966, art. 272; en sentido similar, desde 1972, el art. 3° del reglamento nacional.

¹⁰⁸ En igual sentido GÓMEZ SANCHÍS, *op. cit.*, p. 611; ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 67; CANOSA, “Los recursos,” *op. cit.*, p. 99 y ss.; ABERASTURY, “La legitimación del tercero...,” *op. cit.*, pp. 161-72, esp. p. 165; SACRISTÁN, ESTELA B., “El reglamento general de audiencias públicas para el Poder Ejecutivo Nacional,” en AA.VV., *Cuestiones de Procedimiento Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 229-64, esp. p. 254, nota 100.

¹⁰⁹ MOSTAFÁ PAOLINI, HADEL JOSÉ, *Interesados y terceros en el ámbito administrativo*, Caracas, EJV, 1973, p. 83: “lo cual hace surgir en ellos la cualidad suficiente para oponerse a su efectiva vigencia en cuanto relación decidida, o los inviste con derecho a ser oídos o a intervenir en los procesos en los cuales mantengan vínculos de dependencia con el objeto de los mismos.”

¹¹⁰ PODETTI, RAMIRO, *Derecho procesal civil, comercial y laboral. Tratado de las tercerías*, Buenos Aires, 1949, p. 32 y ss.

¹¹¹ Ver *supra*, t. 2, cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

legítimos¹¹² como derechos de incidencia colectiva;¹¹³ todos confieren carácter de parte interesada. Así, una relación que suponga derechos subjetivos de un particular y la administración, p. ej. la ejecución de un contrato de obra pública, afecta intereses legítimos o derechos de incidencia colectiva de los destinatarios de la obra y del público en general en cuanto afecta, actual o potencialmente, el medio ambiente urbano. Estos serían terceros en un procedimiento civil en cuanto extraños a la relación jurídica subjetiva, aunque ya vimos la tendencia extensiva de la legitimación. En el procedimiento administrativo pueden estar alcanzados por una relación jurídica objetiva, en la cual son *partes* titulares de tales derechos. En concesiones o licencias, la calidad actual o potencial¹¹⁴ de usuarios les da legitimación tanto judicial como administrativa: El carácter expansivo de la noción de parte en el procedimiento administrativo llega también al proceso judicial. El concepto de tercero en el procedimiento administrativo se diluye en el concepto de parte interesada que todavía no participa como tal.¹¹⁵ En el proceso civil o comercial, en que las partes discuten derechos subjetivos, es lógico que merezca cuidadoso análisis que otra persona ajena a esa relación jurídica pueda también tener derecho a participar en la controversia.¹¹⁶ En el procedimiento administrativo en cambio, que confiere carácter de parte procesal tanto al titular de derechos subjetivos como intereses legítimos o derechos de incidencia colectiva, toda relación entre un particular y la administración tiene siempre algún posible alcance sobre cuanto menos intereses legítimos o derechos de incidencia colectiva de otros sujetos de derecho ajenos aparentemente a la cuestión debatida. Esa afectación de intereses legítimos de otras personas transforma a éstas ya no en terceros sino en partes, con todo el alcance procesal que ello supone.

¹¹² Ver *supra*, t. 2, cap. IV, “El interés legítimo.”

¹¹³ Ver *supra*, t. 2, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva.”

¹¹⁴ En España se distingue entre interés directo e indirecto: GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 152 y 2ª ed., p. 154; distinción que no consideramos aplicable en el derecho argentino. Ver también NIETO, ALEJANDRO, “La discutible supervivencia del interés directo,” REDA, 12, Madrid, Civitas; JIMÉNEZ MEZA, MANRIQUE, *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*, San José, LIL, 1998, 2ª ed.

¹¹⁵ MASTROPASQUA, citado por MOSTAFÁ PAOLINI, op. cit., pp. 64-8, concluye que son terceros en el procedimiento administrativo “todos los sujetos que pueden tener un interés jurídico, o lo que es lo mismo, que pueden llegar a asumir la cualidad de titulares de un interés jurídico frente al negocio en cuestión;” “todos aquellos sujetos a los cuales el acto no se dirige; pero que sin embargo, pueden estar respecto de él interesados, pueden hallarse frente a él en una relación jurídica de interés. Sólo cuando nos encontramos en presencia de sujetos que sin ser partes de un negocio jurídico ni destinatarios de sus efectos se hallen en condiciones de poder actuar o virtualmente asumir un interés jurídico frente al negocio, se podrá hablar de tercero en el sentido más objetivo y jurídico deseable.” Para una completa revisión de los distintos conceptos de terceros en el proceso ordinario y administrativo, ampliar en MOSTAFÁ PAOLINI, op. cit., pp. 1-79; FERRAZ, SÉRGIO, *Assistência litisconsorcial no direito processual civil*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 20 y ss., p. 43 y ss., p. 51 y ss.

¹¹⁶ Así, puede verse MORELLO, AUGUSTO M., “El tercero en el proceso ¿es un supuesto excepcional y de interpretación estricta?,” en LL, 2005-D, 728-30.

La cuestión de si han o no de participar no es materia de decisión discrecional de la administración,¹¹⁷ sino que ella está obligada a admitirla. “El principio de contradicción, que es uno de los principios «formativos» del proceso así lo impone, tanto en el orden judicial como el administrativo. No requiere especial fundamentación este aserto, pues no hace sino traducir un principio de vigencia universal [...] En nuestro sistema la aplicación del mismo principio no ha podido ser menos que reconocida [...] pues lo contrario implicaría hollar las garantías constitucionales de la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos y de la igualdad ante la ley (arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional.) Debe, pues, en los casos en que existan terceros interesados, darse también vista a los mismos en el trámite de los recursos jerárquicos. Y si esto no se ha hecho, a *fortiori*, debe reconocerse a dichos terceros el derecho a impugnar las decisiones dictadas sin su intervención.”¹¹⁸ Los derechos que corresponden al tercero en su intervención en el procedimiento seguido por otro particular, son en un todo los mismos que los del interesado original.¹¹⁹ El tercero asume el carácter de parte, con la única limitación de que su intervención no retrotrae el procedimiento,¹²⁰ a menos que la autoridad administrativa lo disponga.¹²¹ La citación de los terceros contrainteresados es una *obligación* de la administración¹²² para mantener la igualdad en el procedimiento, independientemente de cuánta complicación cause en el expediente; también es un deber de buena fe¹²³ y lealtad procesal del interesado, que a nuestro juicio debe, bajo pena de nulidad, denunciar el contrainteresado para que la administración lo cite y en ausencia de ello notificarlo él mismo en forma privada, p. ej. por carta documento, copia de la cual deberá agregar al expediente.

¹¹⁷ PTN, *Dictámenes*, 57: 264; en el mismo sentido, 172: 220; 210: 57; uniforme.

¹¹⁸ PTN, *Dictámenes*, 57: 264. Es solución hoy en día pacífica. En sentido similar LOPES MEIRELLES, HELY, *Direito administrativo brasileiro*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1966, 2ª ed., p. 88; ley alemana, art. 13, inc. 2º), MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. cit.*, p. 90; ley uruguaya, art. 10: “Si de la petición resultara que la decisión puede afectar derechos o intereses de otras personas, se les notificará lo actuado, a efecto de que intervengan en el procedimiento reclamando lo que les corresponde,” BACACORZO, *Ley...*, *op. cit.*, comentario al art. 24.

¹¹⁹ VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 50; ley alemana, art. 13, inc. 2º); MARTINS, DANIEL HUGO, “La regulación jurídica del trámite administrativo,” en el libro de PRAT, MARTINS, BRITO, FRUGONE SCHIAVONE y CAJARVILLE PELUFFO, *Procedimiento administrativo*, Montevideo, ACALI, 1977, p. 71. Sin perjuicio de ello, el tercero también “podrá deducir pretensiones propias a condición de que sean acumulables,” como dice la ley de Costa Rica, art. 280, inc. 3º.

¹²⁰ Así lo disponen algunos ordenamientos: Prov. de Buenos Aires, art. 23; Corrientes, 244; Mendoza, 118; Salta, 114; Tucumán, 20.

¹²¹ Córdoba, art. 24 (t. o. en 1981 por decreto-ley 6658.) En el sentido apuntado, ampliar en GORDILLO y DANIELE (dirs.), *Procedimiento Administrativo...*, *op. cit.*, p. 336.

¹²² Conf. art. 3º del RDLNPA; Corrientes, 244; Uruguay 10; HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 46; ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, pp. 68-9; MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. cit.*, p. 90.

¹²³ La buena fe es principio expreso en Brasil, art. 4º; Perú, art. IV, 1.7 y 1.8, art. 42; Uruguay, art. 6º; Venezuela, arts. 9º a 20. Ha sorprendido su omisión en la ley chilena, “ya que es de los [principios] que con más generalidad recogen las leyes hispanoamericanas.” GONZÁLEZ PÉREZ, “Principios del Procedimiento Administrativo en la Legislación Hispano-Americana,” *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, 3/3: 39, § III.3, p. 47 y nota 28 (San José, 2003); “La ley chilena de procedimiento administrativo,” *RAP*, 162: (Madrid, 2004), § IV.1 y nota 25.

Por aplicación del principio de contradicción,¹²⁴ es un *derecho* del tercero potencialmente afectado, quien de otro modo vería en situación de indefensión.¹²⁵ Es por ello una obligación de lealtad procesal del interesado no ocultar la existencia de terceros contrainterésados.¹²⁶ Su intervención debe permitirle realizar todas aquellas gestiones probatorias o recursivas necesarias y en su caso retrotraer el procedimiento.¹²⁷ La obligación de citar a los terceros existe sea cual fuere el tipo de derechos afectados.¹²⁸ El desistimiento de la parte promotora, existiendo terceros interesados, no obliga a estos ni implica la cesación de su intervención.

II. Representación y patrocinio de las partes

13. Representación¹²⁹

13.1. Admisibilidad

Los interesados en un procedimiento administrativo pueden actuar personalmente o por medio de representantes y así lo admiten todas las leyes de procedimiento.¹³⁰ Hay quien sostuvo en doctrina, apartándose de tal criterio general, que “cuando se trate de derechos y situaciones de carácter personalísimo, como ocurre, por regla general, en los procedimientos disciplinarios contra los funcionarios públicos,” no habría posibilidad de actuar por medio de representantes.¹³¹ Pero estimamos que esta tesis es infundada.¹³² El carácter “personalísimo” de una cuestión es algo que, por lo que a la administración respecta, queda salvado con la obligación del interesado de presentarse a deponer cuando sea interrogado. Si él quiere actuar por medio de representantes, fuera de esas hipótesis, no hay razón alguna valedera para impedírselo. Sería por otra parte absurdo discutir la

¹²⁴ El principio de contradicción se da en el interés de todos, pues la exposición *ab initio* y continua de los argumentos contrapuestos de partes con interés diverso permite a la administración y posteriormente a la justicia apreciar mejor las facetas del problema. Ampliar *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 12, “Principio de contradicción” y 12.1, “Contenido y alcance del principio de contradicción.” Esto tiene también que ver con el concepto de interés público, que por cierto no es el interés de la administración pública: ampliar en el mismo vol., cap. VI, “Servicios públicos,” § 5.2 a 5.5.

¹²⁵ *Supra*, t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa.)” Ver ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativos* t. I, Madrid, Tecnos, 1979, 6ª ed., p. 291, nota 9: “La falta de audiencia de los terceros interesados en la tramitación de un recurso administrativo determina la indefensión de aquellos y comporta la nulidad de las actuaciones aunque la resolución de dicho recurso fuere desestimatoria.”

¹²⁶ En Corrientes, art. 244, si la no citación del tercero se debiera a dolo del interesado o de la administración, se anulará todo lo actuado, para iniciar de nuevo el procedimiento.

¹²⁷ El fundamento constitucional prima sobre eventuales normas reglamentarias adversas.

¹²⁸ MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. cit.*, p. 90.

¹²⁹ Ampliar en MONTI, LAURA, “La representación de las partes en el procedimiento administrativo,” en TAWIL, *op. cit.*, cap. XX, pp. 233/241

¹³⁰ RN, arts. 31 y ss.; CABA, art. 51; Prov. de Buenos Aires, 13 y ss.; Corrientes, 245 y ss.; Chaco, 14 y ss.; Mendoza, 119 y ss.; Salta, 115 y ss.; Tierra del Fuego, 15 y ss.

¹³¹ VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 50.

¹³² Lo expuesto es reproducción textual de lo que venimos sosteniendo desde la 2ª ed., Buenos Aires, Macchi, 1971, p. 143, § II, 9 a).

representación cuando el procedimiento es, como entre nosotros, eminentemente escrito; pues es obvio que da exactamente lo mismo que los escritos sean firmados por el interesado o por su representante.¹³³

Por lo demás, si se obliga al funcionario a firmar él mismo todos sus escritos, es obvio que se le coarta sensiblemente su defensa, ya que la continuación de la relación jerárquica que lo vincula a la administración hace que no tenga plena libertad para reclamar o recurrir, argumentar, interponer quejas, etc.

Se han dado casos en que algún superior ha pretendido sancionar al subordinado por haber éste recurrido jerárquicamente de un acto suyo. Tales sanciones son improcedentes y así ha sido declarado por la Procuración del Tesoro. El recurso del funcionario no está interpuesto por él como *órgano* del Estado, por tanto subordinado jerárquicamente, sino en su calidad de *sujeto de derecho* lesionado.

Ninguna relación funcional o jerárquica lo liga con la administración en el acto mismo del recurso y en el procedimiento a que dicho recurso dé lugar. Una interpretación diversa pondría al funcionario en un pie de desigualdad frente a los demás particulares, que pueden recurrir de todo acto de la administración, sin que ésta tenga, como es obvio, ninguna potestad disciplinaria respecto de ellos con la cual castigarlos por haber ejercido su derecho.¹³⁴

13.2. *Quiénes pueden ser representantes*

Hay en este punto una importante diferencia respecto del proceso civil, comercial, etc. en el que sólo pueden ser representantes quienes tienen el título de procurador o abogado y están inscriptos en la matrícula respectiva, demuestren el pago del bono respectivo, etc.

En el procedimiento administrativo, en cambio, la regla general es que puede ser representante cualquier sujeto de derecho con capacidad para ser parte.¹³⁵ No es necesario que sea un profesional del derecho¹³⁶ y puede ser cualquier persona física o jurídica,¹³⁷ profesional o no. Como excepción, en el Tribunal Fiscal de la Nación, a pesar de no exigirse *patrocinio* letrado la *representación* debe

¹³³ Todo esto lo venimos diciendo desde la 1ª ed., 1964, *op. cit.*, p. 43, § 9.2 a). Posteriormente otros autores han expresado la misma opinión, que puede ya considerarse generalizada.

¹³⁴ Ver *supra*, § 10, "Funcionarios o empleados públicos."

¹³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Thomson/Civitas- La Ley, Buenos Aires, 2006, cap. XXII, § V-3, pp. 494-6; SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECABARREN, *op. cit.*, p. 180; GÓMEZ SANCHÍS, *op. cit.*, p. 609. Costa Rica remite enteramente al derecho común, art. 282.

¹³⁶ Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 164 y 2ª ed., p. 167; GÓMEZ SANCHÍS, *op. loc. cit.*

¹³⁷ Conf. ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, p. 235. Es la solución mayoritaria. Por excepción, en Austria, algunos precedentes niegan capacidad para ser representante a las "personas jurídicas:" HELBLING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, Manzschke, 1953, p. 139; pero ello no resiste la crítica, ya que ambas participan de la misma característica de ser sujetos de derecho y pueden actuar en nombre propio o en representación. La ley alemana de 1976, art. 17, inc. 1º, *in fine* sigue en algunos casos especiales la solución austríaca: MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. cit.*, p. 106; con todo, no es la regla: art. 12, inc. 3º.

ser ejercida por “personas autorizadas para actuar en causas judiciales” y por profesionales en ciencias económicas.¹³⁸

La solución en el derecho positivo argentino, en el orden nacional, pareciera ser la de intentar privilegiar la actuación del abogado, como apoderado y no ya solamente como patrocinante, cuando se discuten cuestiones jurídicas. Sin embargo, pensamos que si bien puede razonablemente requerirse en tales supuestos *patrocinio* letrado, resulta en cambio absurda la exigencia de *representación* letrada. En todo caso y como regla general bien se ha resuelto, en el derecho comparado, que no es el caso de establecer un monopolio o privilegio profesional a favor de los abogados en el procedimiento administrativo, como sí se lo hace en el derecho procesal administrativo. Ello es congruente, aunque no necesariamente pacífico, con las demás soluciones adoptadas a fines del siglo XX en materia de desmonopolización de actividades y promoción de la libre competencia. Por todo lo expuesto, el apoderado puede ser un pariente,¹³⁹ una empresa, un gestor de negocios, un gestor administrativo¹⁴⁰ y en definitiva, repetimos, cualquier persona que a su vez tenga capacidad para ser parte.¹⁴¹ La expuesta es la solución general, aplicable en la mayoría de los ordenamientos provinciales; en el orden nacional, en cambio, podría interpretarse a *contrario sensu* el inc. f, ap. 1) *in fine* del art. 1° del decreto-ley 19.549/72, como que éste permite la representación por quienes no sean abogados o procuradores sólo cuando una norma expresa, legal o reglamentaria, lo autorice.¹⁴² Pero en todo caso la mención a una norma “reglamentaria” no se refiere necesariamente al Poder Ejecutivo, pudiendo emanar de la repartición. En el derecho comparado prevalece la opinión de que no se justifica crear un monopolio a favor de la profesión de abogado para la intervención ante la administración pública, ni prohibir o limitar la intervención de gestores legos. En nuestro país, cuando se producen reacciones contra la intervención de gestores, se pretende en algunas reparticiones exigir la actuación *personal*. Ello es ilegal, pues no se puede negar al interesado el derecho a actuar por representante; a lo sumo se podrá especificar qué tipo de representante es admisible, o exigir directamente representación letrada necesaria, o patrocinio letrado obli-

¹³⁸ Ley 11.683, t.o. 1998, art. 161; GIULIANI FONROUGE y NAVARRINE, *op. cit.*, pp. 501 y 505; 6ª ed., pp. 665 y 674; 7ª pp. 678-81.

¹³⁹ El caso más típico y frecuente es el de los cónyuges entre sí y el de los ascendientes y descendientes en forma recíproca. Del mismo modo, nada impediría acordar a los demás parientes para gestiones de trámites. Así, un menor de edad puede incluso hacer gestiones de mero trámite para sus padres, en la práctica, exhibiendo el documento paterno o materno.

¹⁴⁰ A favor de los cuales sería inválido tanto crear monopolios (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. loc. cit.*) como prohibiciones absolutas. Ver también GONZÁLEZ PÉREZ, “La representación de los interesados en la ley de procedimiento administrativo,” en *RAP*, 52: 19-21, Madrid, 1967; *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Madrid, 1977, p. 193 y ss.

¹⁴¹ Doctrina uniforme.

¹⁴² “Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas.” El decreto-ley 951/79 de la Prov. de La Pampa transcribe la misma fórmula en su art. 12 inc a), *in fine*. Ver también MONTI, *op. loc. cit.*

gatorio.¹⁴³ Como se advierte, existe mucha incertidumbre en la materia, fruto de los vestigios autoritarios de una administración siempre heredera de las peores tendencias del centralismo y del caudillismo por más de cinco siglos históricos a nuestro país,¹⁴⁴ poco propensa por ende a la transformación del procedimiento ante ordenes jerárquicos en proceso ante tribunales administrativos independientes sujetos a control judicial suficiente y adecuado. De allí que hayamos sostenido reiteradamente que la clave en nuestros países no está en reformar el procedimiento como en Europa, sino en reformar al sujeto procedimental.¹⁴⁵

13.3. *Formas de la representación*

La representación puede otorgarse y acreditarse de muy diversas maneras:

13.3.1. *Poder notarial*

Poder especial formalmente otorgado en escritura pública, acompañando copia auténtica de ésta. Es una formalidad que solamente se exige en algunas licitaciones públicas.

13.3.2. *Copia simple de poder, firmada por apoderado o letrado*

Si se trata de un poder general o de un poder especial otorgado para varios actos, es de aplicación el art. 32 del reglamento nacional y similares normas provinciales, en el sentido que “cuando se invoque un poder general o especial para varios actos,”¹⁴⁶ “se lo acreditará con la agregación de una copia íntegra firmada por el

¹⁴³ Ver y comparar VILLAR Y ROMERO, *op. cit.*, p. 48; VIVANCOS, EDUARDO, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, pp. 74-5; SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECABARREN, *op. cit.*, p. 180. Ver BOSCH, *op. cit.*, pp. 134-136; F. TROWBRIDGE VON BAUR, “Representation before Administrative Agencies,” *New York University Law Review*, vol. 30, § 7, Nueva York, 1955, p. 1927 y ss.; SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston, 1991, 3ª ed., p. 316; *Administrative Law. A Casebook*, Boston, 1994, p. 523; DAVIS, KENNETH CULP, *Administrative Law Text*, St. Paul, 1972, 3ª ed., p. 204 y ss.; DAVIS, KENNETH CULP y PIERCE JR., RICHARD J., *Administrative Law Text*, I, Boston, Little, Brown & Co., 1994, 3ª ed., p. 379. Dice la ley federal norteamericana de procedimiento administrativo (APA), 5 U.S.C. § 555 (b): “Una persona que deba comparecer ante una agencia [...] tiene derecho a ser acompañada, representada y asesorada por un abogado o, si la agencia lo permitiere, por otro representante calificado.”

¹⁴⁴ Como lo explicamos en “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-104, Buenos Aires. Ver también PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La postergación institucional,” *LL*, 2006-F, 877.

¹⁴⁵ Tal como lo resumimos en el punto “XXII.2 El problema no es el procedimiento sino el órgano,” en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. 2, pp. 524-B a 524-D; lo hemos desarrollado en “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726. Una variante menos innovadora en nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, cap. II.

¹⁴⁶ Prosigue la norma: “o un contrato de sociedad civil o comercial otorgado en instrumento público o inscripto en el Registro Público de Comercio.”

letrado patrocinante o por el apoderado. De oficio o a petición de parte interesada, podrá intimarse la presentación del testimonio original.”

Esta norma, tomada del procedimiento judicial, simplifica en el orden nacional el sistema anterior, en el cual se exigía en el proceso ordinario la declaración jurada del letrado patrocinante sobre su fidelidad y vigencia. También la norma actual suprime la responsabilidad que se asignaba al letrado por cualquier falsedad o inexactitud de la copia.¹⁴⁷ Con todo, nos parece obvio que la responsabilidad del representante existe siempre. En la medida que invoca un poder del cual acompaña copia, parece claro, al menos en principio, que él y no otro debe responsabilizarse ante la administración tanto por la fidelidad de la transcripción como por la vigencia del poder; no podría ser de otro modo.¹⁴⁸ En cualquier caso, cabe tener presente que, como lo ha puesto de manifiesto la Procuración del Tesoro de la Nación,¹⁴⁹ el poder, ya sea general o especial, que habilita para representar en sede judicial, no es apto para actuar a nombre del interesado ante la administración. Nos parece una solución excesivamente rigorista. Si el apoderado se halla habilitado para demandar, transar, cobrar, etc., parece exagerado negarle la facultad de recurrir y en general actuar como representante de la parte en sede administrativa. Con frecuencia, en la práctica administrativa se admite correctamente, sin cuestionamientos, el poder general para juicios. Estimamos que es la solución acertada, no sólo empírica sino también teóricamente.¹⁵⁰

13.3.3. *Otros supuestos de copia simple de poder*

Cuando tratándose también de copia simple de un poder general vigente, quien da fe de su vigencia y fidelidad no es apoderado ni figura como letrado patrocinante —p. ej., por no haber patrocinante— la cuestión es más dudosa, pero se ha admitido no obstante su procedencia, si la personería del recurrente “se halla indirectamente acreditada en actuaciones similares.”¹⁵¹ Es decir, cuando hay prueba indiciaria que corrobora dicha personería, o que expresa o implícitamente se lo haya tenido por parte en otro expediente agregado o paralelo a las actuaciones en que se considera el recurso, puede también ser suficiente la copia simple

¹⁴⁷ Decía el art. 14 de la ley 14.237 que “cuando se invoque un poder general vigente, se lo acreditará suficientemente con la agregación de una copia íntegra firmada por el letrado patrocinante, con declaración jurada de éste sobre su fidelidad. El letrado será legalmente responsable de cualquier falsedad o inexactitud.” Sobre el régimen bonaerense ver BOTASSI, *Procedimiento administrativo...*, op. cit., p. 96.

¹⁴⁸ La administración puede, en efecto, si considera que su conducta es maliciosa y perturbadora del procedimiento, recurrir al mecanismo sancionatorio que se encuentra previsto en el art. 6º, inc. e) de la reglamentación nacional y en el art. 1, inc. b) del decreto-ley 19.549/72. Sin embargo, nos parece una facultad cuyo ejercicio es más propio del ámbito forense que del administrativo.

¹⁴⁹ PTN, *Dictámenes*, 226: 156; 210: 57; 199: 130.

¹⁵⁰ Pues la facultad de estar en juicio como actor o demandado es claramente de mucha mayor entidad que la de ser parte en un trámite administrativo en el que ni siquiera existe posibilidad de incurrir en erogaciones por tasa de justicia, costas de la contraria, etc.

¹⁵¹ PTN, *Dictámenes*, 84: 43.

respaldada por la firma de letrado que no sea apoderado ni patrocinante en el recurso. Es una regla sencilla que se aplica en la práctica sin ningún problema. Esta solución, previa a la sanción del reglamento nacional, a nuestro juicio puede ser mantenida por la amplitud de éste en la materia.

13.3.4. *Poder apud acta*

No existiendo poder otorgado ante escribano público, se admite el mandato en acta levantada en la mesa de entradas de la repartición, previa acreditación de la identidad.¹⁵² No es muy frecuente, por la reticencia de los empleados y jefes de mesas de entradas a enfrentar este tipo de labor, y por ello se ha dado en la práctica mayor admisibilidad a la carta-poder, en las variantes que comentamos en los párrafos siguientes.

13.3.5. *Carta-poder autenticada*

Se admite también acreditar la representación por carta poder cuya firma esté autenticada por escribano público, juez de paz, comisario de policía u otra autoridad policial.¹⁵³ En los últimos años ha aparecido también una forma sumamente práctica de acreditar la autenticidad de la firma mediante la certificación de entidad bancaria. Es lo que hacen los bancos oficiales y privados respecto a sus clientes de cuenta corriente y también de cajas de ahorro y otras operaciones bancarias. Este sistema es quizá el más cómodo de todos, porque es sencillo y económico, confiere efectiva seguridad a la administración de la autenticidad de la firma y es también de mayor conveniencia para una buena parte de los posibles recurrentes, teniendo la ventaja adicional de gratuidad.¹⁵⁴

13.3.6. *Carta-poder simple*

Incluso se admite con frecuencia en la práctica la carta poder simple, sin ninguna clase de autenticación externa de firmas.¹⁵⁵ Esta forma es admisible cada vez que la autenticidad de la carta-poder sea plausible y no haya razones especiales que

¹⁵² RN, art. 33; Ciudad de Buenos Aires, 53; Provincia de Buenos Aires, 15; Córdoba, 16; La Pampa, 33 del reglamento; La Rioja, 117; Mendoza, 121; Salta, 117; Tucumán, 13.

¹⁵³ RN, art. 32: "carta-poder con firma autenticada por autoridad policial o judicial, o por escribano público." La autenticación puede serlo por una comisaría, destacamento, delegación policial, etc., PTN, *Dictámenes*, 78: 116. Algunas provincias sólo admiten "carta-poder con firma autenticada por la justicia de paz, o por escribano público:" art. 14 de Buenos Aires; 15 de Chaco; 120 de Mendoza; 11 de Tucumán; Salta, 116; Corrientes, 246, que agrega "o por el funcionario a cargo del procedimiento;" sobre esto último ver *infra*, cap. VIII, § 1.2, "La inexistencia de un responsable del procedimiento." En Costa Rica el art. 283 admite la autenticación "por un abogado que podrá ser el mismo apoderado."

¹⁵⁴ Así Córdoba sólo requiere "carta-poder con firma autenticada" (art. 16) sin exigir una forma determinada. El RN no lo contempla, pero en la práctica se lo acepta. DOCOBO, JORGE JOSÉ, "La actuación administrativa," *JA*, 1975: 519, 526, señala esta omisión del reglamento nacional.

¹⁵⁵ Lo admite por lo demás el art. 1873 del Código Civil, al aceptar el mandato expreso tanto "por instrumento público o privado, por cartas."

hagan dudar de ella. Dicha plausibilidad se suele controlar en la práctica con la comparación de firmas por los propios empleados de la repartición con la firma que figura en sus registros y la exhibición de un documento de identidad del mandante por el mandatario. Claro está que nadie puede ser obligado a desprenderse de su documento, pero la práctica no parece haber producido problemas hasta ahora, porque el documento se entrega en definitiva a una persona de nuestra confianza, quien a su vez lo exhibe sin entregarlo.

13.3.7. *Representación necesaria. Casos en que se requiere probarla*

Los padres que se presenten en nombre de sus hijos, o el cónyuge —marido o mujer— que lo haga en nombre del otro, *no* necesitan acreditar su personería acompañando o exhibiendo copia de las partidas de nacimiento o casamiento, a menos “que fundadamente le fueren requeridas.”¹⁵⁶ El sentido de la norma sugiere una necesaria fe pública de la sola invocación del carácter de cónyuge o padre, implicando el requerimiento de prueba documental de la relación invocada una suerte de menoscabo a ella, motivo por el cual dicho requerimiento no puede ser informal ni casual, sino que debe ser expresa y razonablemente fundado.¹⁵⁷ En otros casos de representación necesaria (tutela, curatela) se exige, con razón, acreditar la representación con los instrumentos correspondientes.

13.3.8. *Representación presunta. Gestiones verbales*

Usualmente son requeridas gestiones múltiples de los interesados ante diversas reparticiones públicas por cuestiones no siempre trascendentes. Se trata de las solicitudes, trámites o reclamos ante los entes reguladores por los servicios públicos privatizados, sean telefónicos, de electricidad, agua, gas, correos, transporte ferroviario, aeropuertos, etc., contra la defectuosa prestación del servicio, sobre facturación, etc. La práctica administrativa ha progresado admitiendo la representación de otros familiares, con el sólo requisito de la coincidencia de los apellidos en el documento de identidad y la credibilidad *prima facie* de la relación, o de una explicación razonable de otro vínculo familiar y la exhibición del documento de identidad del representado. Cabe reafirmar esa práctica y presumir la

¹⁵⁶ Reglamento nacional, art. 31; encontramos similares normas en la Ciudad de Buenos Aires, art. 51; Prov. de Buenos Aires, 13; Córdoba, 15; Corrientes, 246; La Pampa, 34 del decreto reglamentario; Mendoza, art. 119; Neuquén, 117; Río Negro, 27 inc. f); Salta, 115. Este distingo a favor de los padres y cónyuges en sede administrativa se correspondía con la norma similar que contenía la anterior redacción del art. 46 del CPCCN, el cual ha sido modificado por la ley 25.624, manteniendo actualmente la falta de obligación de presentar las partidas correspondientes, solamente en favor de los “padres que comparezcan en representación de sus hijos,” quedando excluidos del alcance de dicha disposición, *en sede judicial*, los cónyuges que se presenten en nombre del otro. Esa desconfianza hacia la representación legal del cónyuge, sea o no razonable en sede judicial, no parece serlo en sede administrativa.

¹⁵⁷ En contra DOCOBO, JORGE JOSÉ, “La actuación administrativa,” *JA*, 1975: 519, 526, para quien basta alegar que en la actuación no está acreditado el vínculo.

representación de cualquier persona para las gestiones de mero trámite,¹⁵⁸ o de cualquier miembro de la familia, o dependiente del interesado.¹⁵⁹ Es la hipótesis de las gestiones verbales que expusiera, a otros efectos, la Procuración del Tesoro de la Nación.¹⁶⁰ Coincidimos con esos criterios simplificadores y flexibilizadores del procedimiento administrativo, en que la práctica se encuentra más adelantada que alguna parte de la doctrina argentina.¹⁶¹

13.3.9. *Mandato tácito*

La relación mandante-mandatario es de derecho civil, por lo que le es aplicable la legislación común, que admite el mandato verbal y el tácito.¹⁶² Autoriza “a las representaciones por personas dependientes, como los hijos de familia en relación a sus padres, el sirviente en relación a su patrón, el aprendiz en relación a su maestro [...] (incluso) [...] cuando no supusiesen necesariamente un contrato entre el representante y el representado.”¹⁶³ No requiere documentación alguna.¹⁶⁴ Aplicando la legislación civil, resulta en consecuencia que si no estamos en presencia de una de las hipótesis en que se requiere poder especial¹⁶⁵ y se trata tan sólo de gestiones de mero trámite, debe ser perfectamente admisible la presentación ante la administración de una persona, sea bajo la regla del mandato tácito, sea bajo la regla de la gestión hecha por personas dependientes.¹⁶⁶ En buen número de casos la práctica ha tendido a aceptar este tipo de representación en el procedimiento administrativo, sin justificación de personería, sobre todo para trámites comunes. La cuestión no ha sido objeto de pronunciamiento alguno expreso que conozcamos, ya que por cierto la persona a quien no le permiten actuar en cierto caso informalmente, elige entonces el camino más fácil de formalizar la representación, antes que discutir el punto a través de todo un procedimiento tendiente a que se admita su representación informal. Pero debería al menos denunciar el

¹⁵⁸ Ley española, art. 24; VIVANCOS, *op. cit.*, pp. 71-2; GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *op. loc. cit.*; ley alemana, art. 14, inc. 1º.

¹⁵⁹ Ley austríaca, art. 10, inc. 4º.

¹⁶⁰ Dictamen 11/99, que resume, aunque no comparte, SEIJAS, GRACIELA, “El art. 26 de la ley n° 24.447 y la posibilidad de impulsar los procedimientos administrativos mediante actos verbales de los administrados,” en *RAP*, 249: 37, Buenos Aires, 1999.

¹⁶¹ Es lo ocurrido con la denuncia de ilegitimidad, que parte de la doctrina logró finalmente destruir. Ya hemos visto en otra parte de este volumen que también se alzan desde la administración voces que critican que una notificación en disconformidad pueda valer, como lo sostiene la Procuración del Tesoro de la Nación, cómo válida interposición de un recurso administrativo. Este drama argentino no se limita, cómo es obvio, al procedimiento administrativo. Es general: Ver nuestro artículo “La constitucionalidad formal...,” *RPA* 2006-2: 59-104, Buenos Aires, Rap, 2006. Ver también PÉREZ HUALDE, “La postergación institucional,” *LL*, 2006-F, 877.

¹⁶² El art. 1873 prescribe: “El mandato puede ser expreso o tácito” y el art. 1874: “El mandato tácito resulta no sólo de los hechos positivos del mandante, sino también de su inacción o silencio.”

¹⁶³ Art. 1870 del Código Civil.

¹⁶⁴ Al igual que en el supuesto explicado *supra*, § 13.3.8, “Representación presunta. Gestiones verbales.”

¹⁶⁵ Art. 1881 del Código Civil.

¹⁶⁶ Ver art. 1870 del Código Civil.

hecho al Defensor del Pueblo. En algunas mesas de entradas a veces impera la práctica de la exigencia de mandato expreso con firma autenticada, o incluso de actuar personalmente. No siempre, pues, se tiene la seguridad de ser admitido para una gestión de trámite de manera informal en nombre de un tercero.

13.3.10. *Gestión de negocios. Casos de urgencia*

En forma similar y por aplicación de la figura civil de la gestión de negocios, Mendoza admite que “mediando urgencia y bajo la responsabilidad del representante, podrá autorizarse a que intervengan a quienes invocan una representación, la que deberán acreditar en el plazo de diez días de hecha la presentación, bajo apercibimiento de desglose del expediente y su devolución;”¹⁶⁷ Tucumán tiene similar norma en su art. 12, agregando que “La urgencia deberá resultar de la misma petición o de las constancias del expediente.” A nuestro juicio, también en los ordenamientos administrativos que carecen de esta previsión expresa, debe admitirse la aplicación supletoria de la similar norma usual en los códigos procesales civiles: “En casos urgentes podrá admitirse la comparecencia en juicio sin los instrumentos que acrediten la personalidad, pero si no fueren presentados o no se ratificase la gestión dentro del plazo de cuarenta días, será nulo todo lo actuado por el gestor:” art. 48 del CPCCN.¹⁶⁸ En el procedimiento administrativo la nulidad de lo actuado por el gestor que no acredite su personería en el término legal no es absoluta y el individuo a cuyo nombre se ha hecho la gestión puede confirmarla incluso después de vencido el plazo legal, con efecto retroactivo.¹⁶⁹

13.4. *Intervención del representante y representado*

La representación convencional puede ser dejada sin efecto por la parte con una simple presentación administrativa haciendo manifestación expresa en tal sentido, pero también es admisible que actúe personalmente sin revocar el mandato;¹⁷⁰ aclarándolo así expresamente o no. En tal sentido el inc. a) del art. 34 del regla-

¹⁶⁷ Buenos Aires, 14; Corrientes, 246; Salta, 116. Comp. GÓMEZ SANCHÍS, “Principios, sujetos y actos del procedimiento administrativo,” *op. cit.*, p. 610. Ha de recordarse que el mandante debe ratificar la gestión, pero se ha interpretado que no es suficiente la presentación ulterior del gestor acompañando poder: CNFed. CA, Sala I, *Platamar S.A., LL*, 1999-E, 228, año 1998, lo que nos parece excesivamente riguroso.

¹⁶⁸ Ver posteriormente DOCOBO, “La actuación administrativa,” *op. cit.*, p. 526; en contra BEZZI, *op. cit.*, p. 43. En el procedimiento impositivo, aún en ausencia de norma específica expresa, se lo ha admitido: GIULIANI FONROUGE y NAVARRINE, *op. cit.*, p. 503; 6ª ed., p. 673, caso *Coelho* de 1974 y posteriores.

¹⁶⁹ Conf. ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 69, nota 38. En cambio no se ha admitido, a nuestro juicio con excesivo rigor formal, que esa ratificación pueda hacerlo el mismo presentante acompañando poder de su instituyente. Ver nota 164, *in fine*.

¹⁷⁰ Ley austríaca, art. 10, inc. 6º, ADAMOVICH, LUDWIG, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, t. I, Viena, Springer, 1954, 5ª ed., p. 221. RN, art. 34, inc. a): “La intervención del interesado en el procedimiento no importará revocación si al tomarla no lo declara expresamente;” CABA, 54; Buenos Aires, 15, inc. 1º; La Pampa, 37, inc. a) del reglamento; La Rioja, 118, inc. a); Mendoza, 122, inc. a); Salta, 118, inc. a); Tucumán, 14, inc. a).

mento establece que la intervención del interesado no importará revocación si no lo declara expresamente. La necesidad de aclarar que no se revoca el mandato otorgado al representante surgió del art. 1972 del Código Civil, según el cual “Interviniendo el mandante directamente en el negocio encomendado al mandatario, y poniéndose en relación con los terceros, queda revocado el mandato, si él expresamente no manifestase que su intención no es revocar el mandato.” Sin embargo, entendimos en su momento¹⁷¹ que esta disposición no es aplicable al presente caso, por ser de necesaria aplicación supletoria el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo art. 53, inc. 1° *in fine* dispone que “La sola presentación del mandante no revoca el poder,”¹⁷² lo que implica que el poder sólo se revoca expresamente y no en forma tácita como pretendía la ley civil.

La solución de referencia, consagrada legalmente para el proceso civil y aplicable según exponemos al procedimiento administrativo, se compadece por otra parte mucho más adecuadamente con el carácter informal de este último, en el cual cabe entonces admitir también la actuación promiscua del representante y del interesado. Así lo han aceptado expresamente la Nación y varias Provincias.¹⁷³ Con todo, cabe recordar que en algún caso ha imperado en el pasado la norma contraria, por expresa disposición legal;¹⁷⁴ queda de cualquier manera dicho que estimamos más adecuada la regla establecida en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en las nuevas legislaciones citadas, en lo que hace al procedimiento administrativo. Admitida (como lo hace la norma administrativa y procesal nacional) la intervención del mandante sin revocar poder expresa o tácitamente, o incluso, como en el Código Civil, con la aclaración expresa de que no se revoca el poder, es necesario resolver a qué atenerse en caso de contradicción o incongruencia entre las peticiones y afirmaciones del representante y el representado. No soluciona la cuestión recordar que los actos del apoderado “obligan al mandante como si personalmente los hubiere practicado,”¹⁷⁵ si de todos modos aparecen escritos contradictorios, sea sucesiva o incluso simultáneamente. En estas situaciones, las posibles contradicciones entre las afirmaciones de la parte y su representante, deben ser resueltas dando prioridad a las primeras;¹⁷⁶ pero desde luego si la representación es *legal*, no convencional, estas reglas son inaplicables,¹⁷⁷ por lo que el interesado no puede actuar directamente ni sus afirmaciones primar sobre las de su representante legal.

¹⁷¹ *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Macchi, 1971, 2ª ed., p. 150.

¹⁷² Esta norma representa el criterio contemporáneo de la mayor informalidad posible no sólo en el procedimiento administrativo sino también en el judicial.

¹⁷³ Cuyas normas citamos *supra*, nota 13.41.

¹⁷⁴ En Misiones la ley 2970/92 (ADLA, LVII-A, 1243) dispone en su art. 55 inc. a): “Cesará la representación en las actuaciones: a) Por revocación del poder. La intervención del interesado en el procedimiento no importará revocación, si al tomarla no la declarara expresamente.”

¹⁷⁵ Reglamento nacional, art. 35, que recoge igual criterio del art. 49 del CPCCN; Ciudad de Buenos Aires, art. 55; Prov. de Buenos Aires, art. 17; Córdoba, 19.

¹⁷⁶ HELBLING, *op. cit.*, p. 141.

¹⁷⁷ HELBLING, *op. loc. cit.*

13.5. *Extinción*

Las demás formas de extinción son las generalmente establecidas.¹⁷⁸

13.6. *Representación unificada y su revocación*

Cuando varias personas formulan un petitorio del que no resultan intereses contrapuestos, pueden unificar *per se* la personería en su primera presentación, o hacerlo o pedirlo luego durante el trámite. También puede la administración exigir la unificación de la representación, “bajo apercibimiento de designar un apoderado común entre los peticionantes,”¹⁷⁹ o sus respectivos apoderados. Consideramos que la unificación del mandato es excepcional, de aplicación restrictiva y cuando no existe otra salida para que el procedimiento pueda continuar su normal trámite.¹⁸⁰ Una vez designado el mandatario común, su revocación en algunas legislaciones requiere unanimidad de los poderdantes o decisión administrativa que admita —si existen motivos fundados— la petición de uno sólo de ellos de revocar el mandato unificado.¹⁸¹ Buenos Aires y Córdoba, con mejor criterio, admiten en cambio que cualquiera de las partes podrá por sí sola y en cualquier estado del trámite revocar el mandato unificado, “cesando para él la representación común.”¹⁸² Creemos preferible este principio, que evita entrar en el análisis de las “causales” de revocación del mandato común, tramitar la solicitud, dictaminarla, resolverla, notificarla, etc., con la consiguiente economía procesal, además se aproxima más a la libre determinación de la voluntad de las partes y a un más efectivo respeto a la garantía de defensa de cada individuo.

13.7. *Separación administrativa del mandatario*

Algunas normas autorizan a la administración a “separar” al mandatario del trámite, cuando a juicio de ella “entorpeciera” el procedimiento, actuando irregular o incorrectamente.¹⁸³ En tal supuesto el administrador suspende el trámite e

¹⁷⁸ RN, art. 34 (revocación, renuncia, muerte o incapacidad del poderdante o del mandatario); Corrientes, art. 249, se remite más lógicamente en forma directa al código procesal. En cambio reglan las causales en forma similar, Ciudad de Buenos Aires, art. 54; Prov. de Buenos Aires, art. 16; Córdoba, 18; La Pampa, 37 del reglamento; Mendoza, 122; Salta, 118.

¹⁷⁹ RN, art. 36; Ciudad de Buenos Aires, art. 56; Prov. de Buenos Aires, 19; Córdoba, 20; Corrientes, 250; La Pampa, 38; La Rioja, 119; Mendoza, art. 123; Salta, 119; Tucumán, 17.

¹⁸⁰ Conf. para el proceso judicial DE GREGORIO LAVIÉ, JULIO A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t.1, Buenos Aires, Ediar, 1985, p. 154. Comp. ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 72. En caso que la unificación afecte el derecho de defensa, es cuestión a debatir si cabe impugnarla por la acción de amparo u otra vía como se desprende de la obra citada en, p. 72 y nota 48.

¹⁸¹ Reglamento nacional, art. 37; Ciudad de Buenos Aires, art. 57; Corrientes, 251; La Pampa, 39; La Rioja, 120; Mendoza, art. 124; Neuquén, 122; Salta, 120.

¹⁸² Art. 21 de Córdoba; Prov. de Buenos Aires, art. 20. Comp. DOCOBO, “La actuación administrativa,” *op. cit.*, p. 528 y sus referencias.

¹⁸³ Reglamento nacional, art. 6°, inc. e); ley de procedimiento administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 27, inc. e); Provincia de Buenos Aires, art. 18; Córdoba, art. 11; La Pampa, art. 11, inc. e) del reglamento; Tucumán, art. 16.

intima al mandante para que designe nuevo apoderado o actúe personalmente, bajo apercibimiento de continuar el procedimiento sin su intervención.¹⁸⁴ Otras provincias no tienen esta previsión, a nuestro juicio inútil y conflictiva: a) Inútil, porque siendo el procedimiento *escrito*, el único resultado práctico de aplicar esta “sanción,” será que aparecerá una firma distinta al pie de los escritos, y la conducción del asunto que haya disgustado al funcionario no se verá afectada por el cambio de firmante. b) Superflua, porque si existe comportamiento irregular del apoderado no letrado, más conveniente es exigir entonces patrocinio letrado, pues respecto del profesional existen otros medios disciplinarios más idóneos y cabe sumarles el propio control de los respectivos colegios profesionales. c) Es también conflictiva sin utilidad alguna, pues implica un injustificado desgaste administrativo de informes, dictámenes, vista para defensa y prueba, decisión fundada, eventuales recursos contra la decisión, etc. d) Es además un intento de la administración de pretender limitar la defensa del administrado, confesando su incapacidad de gobernar el procedimiento. En efecto, no existe duda a nuestro juicio de que si las solicitudes son improcedentes, se rechazarán; si son inútiles, repetitivas o numerosas, se agregarán al expediente y se dispondrá lo pertinente. Si tergiversan hechos, ello se aclarará con la prueba producida de oficio y por el principio de instrucción y de verdad material, con lo cual la verdad administrativa quedará esclarecida; si son agraviantes, sus términos lesivos serán testados, etc. Admitir la separación del apoderado por inconducta, pues, no es más que partir de la suposición de que el administrador no será apto para manejar el procedimiento. Además, una medida de esas características, puede entorpecer el trámite y es violatoria de la garantía del debido proceso o defensa de la parte y del ejercicio profesional del mandatario.

Por ello sugerimos la derogación de tales normas o al menos su no aplicación. Esto último es perfectamente posible, puesto que la aplicación de tal sanción es potestativa para la administración.¹⁸⁵ De hecho en la práctica no se hace aplicación de esta tan dubitable como ilegal facultad de los funcionarios que en cada caso tienen a su cargo el trámite del cual se trata. En relación a lo expuesto cabe también tener presente, en efecto, que en el procedimiento administrativo, a diferencia del judicial, no hay un sólo órgano que se ocupe de instruir el procedimiento en cada instancia. A todo ello cabe agregar que la relación de mandato entre la parte y su representante es de derecho privado y no puede una reglamentación pretender interferir en la esfera contractual privada.¹⁸⁶ Un contrato entre particulares no puede ser extinguido sino en sede judicial y con base legal formal, no con mero

¹⁸⁴ Igual referencia. Ver DOCOBO, “Facultades disciplinarias en el procedimiento administrativo,” *JA*, Doctrina, 1974: 280, 282, quien aclara que es sólo el apoderado, no el letrado patrocinante, el que puede ser separado del procedimiento por esta disposición.

¹⁸⁵ Comp. DOCOBO, *op. loc. cit.*

¹⁸⁶ Por eso no podrían las Provincias incorporar normas de esa índole, ni siquiera con base legal formal. Es así inconstitucional el art. 18 de la ley de la Provincia de Buenos Aires. En igual sentido BOTASSI, *Procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, p. 105.

sustento administrativo. La extinción de un contrato entre terceros dispuesta por la administración es peligrosa para el sistema de división de poderes y sienta un precedente que violenta todo el sistema legal existente.¹⁸⁷ Existe también un evidente exceso reglamentario en el decr. 1759/72 respecto del decreto-ley 19.549/72. Cuando este último faculta al PE a regular el régimen disciplinario, se ocupa de regular la potestad de aplicar multas, incluso de fijar su monto; no hay allí ninguna discrecionalidad para la administración. Si la fijación de una multa de naturaleza disciplinaria ha seguido la regla constitucional de requerir contar con sustento legal suficiente,¹⁸⁸ una sanción mayor carece de fundamento normativo suficiente, en ausencia de previsión expresa en el decreto-ley. Por ello a nuestro juicio el inc. e) del art. 6° del reglamento es ilegal e inconstitucional en este aspecto. Es la suma de “desprolijidades” como ésta —o sea lisas y llanas violaciones de la ley y del principio de legalidad— las que han llevado al estado de generalizada violación al derecho en el que nos encontramos.

14. *Patrocinio*¹⁸⁹

14.1. *No exigibilidad*

En el procedimiento administrativo no se requiere patrocinio letrado para recurrir o intervenir en un expediente; es una aplicación más del principio del informalis-

¹⁸⁷ Ese precedente se ha expandido tan vertiginosa como destructivamente para todo el sistema económico y financiero, además de jurídico, del país. Ver ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE, “¿Es necesario un fallo incondicionalmente pesificador? El estado de la jurisprudencia posterior a *Bustos*,” *LL*, 2005-F, 927. Todo esto ha llevado a la degradación del derecho público que denuncia MAIRAL en “Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina,” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, FDA, 2003, pp. 129-35; “La teoría del contrato administrativo a la luz de las recientes normativas,” en AA.VV., *El contrato administrativo en la actualidad*, La Ley, Buenos Aires, 2004; “El efecto de la crisis económica en el derecho,” *RAP, Doctrina Pública*, XXXVI-2, pp. 239-45; “La degradación del derecho público argentino,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 17-32; y recientemente, del mismo MAIRAL, su magnífico libro “*Las raíces legales de la corrupción*,” Buenos Aires, Cuadernos RPA, 2008. Una crítica diferente pero igualmente interesante en BONINA, NICOLÁS, y DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, Lajouane, Buenos Aires, 2009; del segundo, “Discurso jurídico y derecho administrativo. Doctrina de facto y emergencia económica,” *RPA*, 2009/2-3.

¹⁸⁸ Nos referimos a la multa que el decreto-ley autoriza imponer y que comentamos *infra*, cap. II, § 11, “Facultades disciplinarias.” La necesidad de norma legal expresa ya fue señalada por la CSJN en el caso *Mouviel*, *Fallos*, 237: 654, 656, año 1957: “La configuración de un delito por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del poder legislativo y escapa de la órbita de las facultades ejecutivas. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 de la Constitución.) De ahí la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario que haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que esa persona deba ser condenada por tal hecho (art. 18.)” Ver *supra*, t. 1, cap. VII, § 13.1, “El principio tradicional,” y ss.

¹⁸⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, op. cit., p. 64; *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 164 y 2ª ed., pp. 167-8; ADAMOVICH, op. cit., p. 222; uniforme. Comp. BACACORZO, op. ult. cit., art. 64; CREO BAY, “El abogado en el procedimiento administrativo,” *JA*, 1977-II, 794, § III.

mo a favor del administrado.¹⁹⁰ Por supuesto, el derecho del interesado a hacerlo, si lo desea, *es absoluto e insusceptible de limitación alguna*, sea que actúe por representante o personalmente.¹⁹¹ Incluso en aquellos casos excepcionales en que puede válidamente exigirse por norma expresa, con debido sustento fáctico, la actuación personal del interesado, él tiene derecho a hacerse patrocinar por letrado en su presentación.¹⁹²

Este principio, con todo, ha sufrido confusión en el decreto-ley nacional 19.549/72, art. 1º, inc. f), ap. 1º. Esta norma, en ocasión de reconocer el indiscutido derecho del particular de hacerse “patrocinar y representar profesionalmente,” agrega un párrafo poco feliz: “Cuando una norma *expresa* permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del derecho, el patrocinio letrado será obligatorio.”¹⁹³ ¿Qué se ha querido significar principalmente? a) Que es obligatorio el *patrocinio* letrado en los casos en que el apoderado no sea abogado¹⁹⁴ o b) que como principio está *prohibido ser representado* por no abogado o procurador salvo norma reglamentaria expresa y que, como excepción, cuando ocurre esa permisión, es “con cargo” de tener patrocinio letrado. ¿Puede interpretarse esta norma razonablemente como prohibiendo por implicancia la representación por un no profesional del derecho en toda cuestión

¹⁹⁰ *Supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 11, “Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado.” La CSJN *in re Lewkowicz, Fallos*, 315-2: 2762, año 1992, prefirió un más modesto “formalismo moderado,” conf. COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., comentario al art. 1º, § 2.4, p. 58; *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. V, § 3.4, p. 138, nota 427. Es una cuestión de filosofía del derecho, como surge del libro coordinado por TANZI, ARISTIDE, *L'antiformalismo giuridico*, Milán, Cortina, 1999.

¹⁹¹ CSJN, *Maulhardt*, 1993 y *De Soto, Fallos*, 316-2: 1133 y *ED*, 154: 238. En *Salgán, Fallos*, 312-2: 1998, año 1989; con nota de BIDART CAMPOS, GERMÁN, “La corte nulifica sanciones penales impuestas en sede administrativa y debido a la indefensión absuelve a los procesados,” *ED*, 136: 531, se declaró la invalidez del procedimiento, porque no se le hizo saber a los sumariados su derecho a contar con asistencia letrada, que una norma especial imponía. Conf. *Giménez, CNFed. CA, Sala IV, ED*, 140: 577, cons. 6º. La CSJN en *Lewkowicz, Fallos*, 315-2: 2762, año 1992, dijo que “en nuestro sistema no existen estructuras sacramentales para los reclamos efectuados por la vía administrativa sino que, por el contrario, se admite el principio del formalismo moderado en que el particular puede actuar sin patrocinio letrado, de tal modo que el propio ordenamiento jurídico es el que ofrece mecanismos de protección para garantizar la defensa en juicio y el debido proceso.”

¹⁹² El derecho al patrocinio letrado es parte fundamental de la defensa en juicio, prevista en el art. 18 de la Constitución nacional y existe pese a toda prohibición que pudiera establecerse. Así, la Procuración del Tesoro se pronunció en el sentido que dicho derecho debía ser respetado por las reglamentaciones internas de una fuerza de seguridad, no pudiendo ser considerada una prohibición que lo desconociera, debiendo todo ordenamiento jurídico, incluso el militar, estar subordinado en este aspecto a la Constitución. *Dictámenes*, 212: 90. Doctrina uniforme: ver entre otros ABERASTURY (H.) y CILURZO, op. cit., p. 51 y ss.

¹⁹³ Sólo “en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas.”

¹⁹⁴ Una interpretación parecida en CNFed. CA, Sala II: “La obligación de recurrir al patrocinio letrado la ley lo impone cuando el administrado opta, por su exclusiva voluntad, por actuar ante la Administración por intermedio de un representante en lugar de hacerlo directamente. Sólo ante ese supuesto y cuando se planteen o debatan cuestiones jurídicas, es obligatorio el patrocinio letrado, pero si el interesado actúa personalmente en el procedimiento puede hacerlo sin necesidad de asistencia jurídica alguna.” *Vialco S.A.*, 1980, *JA*, 1981-II, 292.

que signifique debatir derechos o intereses de las partes? Pensamos que, aun a título de interpretación de la norma, no estaríamos en esa tesitura ante una razonable deducción del contexto del inciso, que trata de garantizar *tutela* al individuo antes que imponerle restricciones. A su vez, una norma prohibitiva de esa índole, de existir claramente, sería inconstitucional por arbitraria. Son muchas las minúsculas cuestiones diarias que un padre o madre de familia tiene que tratar con la administración, por los servicios que el Estado presta, los recaudos administrativos que debe cumplir para cada actividad, las variadas cuestiones previsionales, tributarias, de tránsito, municipales, de sanidad, etc., que debe atender.¹⁹⁵ En todas hay de por medio el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber y por lo tanto un potencial o actual debate o planteamiento de cuestión jurídica. Si interpretáramos la norma como que en todos esos casos, aun de reducido monto patrimonial, prohíbe al individuo hacerse representar por no abogado, o que si se lo permite es a condición de obtener patrocinio letrado, le impedimos de hecho defenderse.

Le convendrá más no plantear debate o cuestión jurídica alguna, no discutir ni defender lo que crea su derecho, que asumir la pesada carga de profesionales del derecho que la ley en tal caso le estaría imponiendo, en desproporción a sus intereses patrimoniales en juego, lo cual es absurdo. Esa ley así entendida sería inconstitucional; y como el texto glosado no es categórico, interpretamos como *potestativo* para el individuo hacerse representar por abogado o no. Sólo excepcionalmente puede caber la exigencia de obligatoriedad de patrocinio letrado.¹⁹⁶

La práctica con razón ha hecho caso omiso de la norma, y jamás se *exige* al particular contar con patrocinio letrado cuando actúa por intermedio de un representante no letrado. A la inversa, a veces se *obstaculiza* la intervención del abogado.¹⁹⁷

Una variante intermedia de encarar el problema es exigir el patrocinio sólo en cuestiones que superen determinado monto y crear mecanismos no estatales adecuados para el asesoramiento y defensa de los particulares y de la sociedad misma en las múltiples cuestiones diarias de poco monto económico pero signifi-

¹⁹⁵ Y no se crea tampoco que la gestión personal es fácil. Puede acudir el cónyuge acreditando el vínculo, pero en los servicios públicos exigen que sea "el titular" personalmente, o una carta poder de él autorizando a su cónyuge, más la exhibición del documento de identidad del titular... En un caso se exigió al cónyuge dotado de poder formal, que además llevara una carta-poder y la cédula del titular. Todo esto ocurre por culpa de los órganos de control que nunca se ponen firmes con la administración y sus funcionarios o concesionarios. La respuesta a todo esto ha de ser múltiple, empezando por la actitud indispensablemente batalladora e insistente del particular ante la administración o los servicios privatizados, como explicamos en el t. 2, cap. XI, "El procedimiento administrativo en la práctica."

¹⁹⁶ Conf. GÓMEZ SANCHÍS, *op. cit.*, pp. 610-1; ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 52. Comp. CREO BAY, *op. cit.*, § III; DOCOBO, "La actuación...", *op. loc. cit.*; HUTCHINSON, *Ley Nacional...*, *op. cit.*, p. 126. Ver también GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1977, pp. 19-25; *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 164 y 2ª ed., p. 167.

¹⁹⁷ CREO BAY, *op. cit.*, § III. Uno de los tantos ejemplos es negarles el acceso a las actuaciones, como en el caso *Sibura*, fallado correctamente por la Sala II, en 1992, *ED*, 152: 264, con nota.

cativa trascendencia social.¹⁹⁸ Las oficinas públicas de defensa del usuario y del consumidor cumplen en este aspecto un rol fundamental.¹⁹⁹

14.2. *Patrocinio no letrado*

Así como hay derecho a hacerse patrocinar por letrado, también lo hay a tener el patrocinio de cualquier otro tipo de profesional: p. ej. contador, ingeniero, etc.,²⁰⁰ e incluso personas no profesionales; o tener más de un patrocinante o asesor conjuntamente, p. ej., un abogado y un ingeniero, etc.

14.3. *El patrocinio letrado como garantía constitucional*

En lo que hace al derecho a hacerse patrocinar por letrado, es más rigurosa la obligación administrativa de respetarlo, porque afecta en forma esencial a la defensa del administrado, por lo que toda limitación a dicho derecho debe considerarse inconstitucional.²⁰¹ La acción de amparo es la vía apta para hacer valer el derecho a hacerse patrocinar o representar por letrado ante la administración,²⁰² ya que aquí se viola tanto la garantía constitucional de defensa del patrocinado, como la garantía del ejercicio de su profesión por el patrocinante o letrado apoderado, ambas cosas de modo claro y manifiesto; ello, sin perjuicio de la procedencia en sede administrativa de la queja.²⁰³

14.4. *Conveniencia de exigir el patrocinio letrado*

En la actualidad es necesario *exigir* el patrocinio letrado en el procedimiento administrativo, en todo asunto que supere una suma determinada, como así también crear organismos dedicados a la asesoría jurídica y defensa en sede administrativa de los derechos de los particulares que no tengan medios.²⁰⁴

¹⁹⁸ *Infra*, § 14.4, “Conveniencia de exigir el patrocinio letrado.”

¹⁹⁹ Ver nuestro art. “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos,” *LL*, 2005-A, pp. 818-823.

²⁰⁰ En sentido similar VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 47.

²⁰¹ Conf. PADILLA VELASCO, RENÉ, “Documento de Trabajo,” n° 14, Seminario de la UN en Buenos Aires, p. 2; MORELLO, AUGUSTO M. y BIDART CAMPOS, “La defensa en sede administrativa,” *ED*, 142: 705, nota al caso *Calzada*, CSJN, *ED*, 142: 707, año 1991.

²⁰² *Supra*, t. 2, cap. XIII, “La tutela judicial,” § 8, “Las vías de tutela urgente. El amparo.” Ver también nuestro art. “Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución nacional,” *LL*, 1995-E, 988, reproducido en *Derechos Humanos*, *op. cit.*, cap. XVII.

²⁰³ Reglamento nacional, art. 71; Ciudad de Buenos Aires, art. 89.

²⁰⁴ CREO BAY, *op. loc. cit.* El antecedente en Estados Unidos de las *Public Law Firms* o *Public Interest Law Offices* podría ser útil: estudios jurídicos privados o públicos no estatales dedicados a la defensa jurídica de sectores o personas subrepresentadas. Ver GARCÍA TORRES, TRISTÁN, “La creación de servicios jurídicos gratuitos (Una etapa que debemos cumplir en nuestra patria en la lucha por el acceso a la Justicia sin discriminaciones económicas),” *LL*, 1985-B, 771; BOTASSI, *Procedimiento...*, *op. cit.*, pp. 21-2, nota 27; LÓPEZ FAURA, NORMA, “Objetivos y funcionamiento del consultorio jurídico gratuito para niños y adolescentes del Colegio de Abogados de Pergamino,” en la Revista *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, vol. 18, pp. 281-5.

No ignoramos que la experiencia de los profesionales que actúan ante la administración no asegura aquellos derechos, por muchas razones.²⁰⁵ Pero es mejor la intervención del profesional —que tiene otras armas psicológicas y legales a emplear—²⁰⁶ que la pura y simple indefensión del particular. En el presente se avanza hacia exámenes de habilitación profesional para ciertas carreras, lo que luego habrá de extenderse a la rehabilitación. En efecto, también debe mejorarse en forma permanente la capacitación profesional para lo cual es necesario otorgar carácter provisional a la habilitación profesional, como hace tiempo propiciamos para todas las profesiones bajo el control de los colegios profesionales o de órganos mixtos con diversa representación (magistrados, profesores, colegios profesionales, etc.) La supuesta habilitación actual *ad vitam* ha devenido totalmente irrazonable: no existe conocimiento humano alguno, técnico o científico, que sea eterno; todo debe ser constantemente reactualizado pues todo queda constantemente superado. El diploma, por lo demás, no certifica realmente idoneidad profesional ni siquiera a la fecha de su emisión.²⁰⁷

14.5. *Patrocinio y representación*

El patrocinante no requiere ser al mismo tiempo *representante* del interesado;²⁰⁸ en tales casos, cuando se trata de simple patrocinio y asesoramiento, no se requiere mandato expreso.²⁰⁹ Si el letrado actúa sólo como patrocinante, sus afirmaciones no obligan a la parte.²¹⁰ En suma el interesado: *a)* puede actuar por sí, con patrocinio letrado; *b)* por representante, y éste a su vez con o sin patrocinio letrado; *c)* por representante que sea a la vez patrocinante letrado; *d)* por sí, sin representación ni patrocinio; *e)* por sí, con patrocinio no letrado; *f)* por representante no letrado, que en el procedimiento impositivo también puede ser patrocinante.²¹¹

14.6. *Patrocinio letrado obligatorio y costas*

En aquellos casos en que en virtud de norma expresa se obliga al particular a actuar con patrocinio letrado, como admite el decreto-ley nacional que se puede

²⁰⁵ Una, la falta de efectivo cumplimiento por la administración a las normas del procedimiento, lo que favorece la arbitrariedad; otra, que la impulsión del procedimiento y todo el control del procedimiento lo hace la administración, sin que el abogado tenga las facultades procesales que tiene en su actuación ante los tribunales; que no siempre son suficientemente conocidos por todos los abogados los principios del derecho administrativo, etc.

²⁰⁶ Ver *supra*, t. 2, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica,” § 6, “La impulsión personal de las actuaciones.” RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “El procedimiento administrativo en la práctica. Principales cuestiones que se plantean,” en TAWIL, *op. cit.*, cap. XXVIII, pp. 333-327.

²⁰⁷ CARRÍO, GENARO, “Funciones de las Facultades de Derecho en la República Argentina,” *RPA*, 2006:3, 7; nuestro libro *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª reimpresión 2001, pp. 68-9.

²⁰⁸ HELLBLING, *op. cit.*, p. 141; CREO BAY, *op. loc. cit.*

²⁰⁹ HELLBLING, *op. cit.*, p. 141.

²¹⁰ HELLBLING, *op. loc. cit.*

²¹¹ Ley 11.683, t. o. 1998 y modificaciones, art. 161; GIULIANI FONROUGE y NAVARRINE, *op. cit.*, p. 505; p. 674 de la 6ª ed.; ampliar *infra*, § 14.7.

hacer,²¹² parece razonable concluir que deja de ser de aplicación la regla conforme a la cual el administrado no puede pedir condena en costas en caso de triunfar en el recurso. Si la administración impone al particular este costo especial del ejercicio de su derecho de defensa, es lógico que sea ella quien cargue con las costas cuando finalmente se resuelve, en sede administrativa o judicial, que le asistía razón al particular y no a ella en el problema debatido. Por ello no compartimos la tesis según la cual las costas no serían regulables en los llamados recursos directos.²¹³ A la inversa, si el administrado ha optado libremente por hacerse patrocinar por letrado, o representar y patrocinar por letrado cuando ninguna norma lo obligaba expresamente, entonces se mantiene en pie la regla de que no procede pretender la condena en costas de la administración aun cuando el recurso sea resuelto favorablemente²¹⁴ a sus pretensiones en cuanto al fondo.²¹⁵

14.7. *Patrocinio letrado en el procedimiento impositivo*

En el procedimiento impositivo en algunos casos queda expedita directamente la vía judicial²¹⁶ y en otros puede ocurrirse previamente al Tribunal Fiscal de la Nación, quedando luego abierto un recurso de apelación ante la Cámara Nacional en lo Contenciosoadministrativo federal.²¹⁷ En aquella parte que se tramita ante el Tribunal Fiscal, la ley 11.683 exige patrocinio profesional, como regla, pero tanto de profesionales del derecho como de ciencias económicas, imponiéndose además costas al vencido.²¹⁸ Si bien la actuación de profesionales no letrados parece ser admisible en punto a representación de los contribuyentes, resulta sin embargo ligeramente anacrónico y asistemático no exigir simultáneamente patrocinio letrado, sobre todo considerando que sustitutiva²¹⁹ o posteriormente²²⁰ de dicha

²¹² Decreto-ley nacional, art. 1º, inc. f), ap. 1º; CABA, art. 22, inc. f), ap. 1º, La Pampa, art. 12, inc. a) del decreto-ley 951.

²¹³ CNFed. CA, Sala I, *Banco de Ultramar S.A. c. Resolución 24/85 del BCRA, ED*, 121: 661, año 1985, que critican con razón ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 53, nota 33.

²¹⁴ Es distinto el caso de los licenciarios de servicios públicos. Ver CNFed. CA, Sala III, *Lecuo-na*, con nota de SCHAFRIK, FABIANA H., "Reflexiones acerca de la legitimación activa procesal y los alcances de la sentencia," *RDA*, Buenos Aires, 2003, pp. 189-196.

²¹⁵ En tal sentido CNFed. CA, Sala II, *Vialco S.A., JA*, 1981-II, 292, año 1980, con nota de YMAZ COSSIO, ESTEBAN RAMÓN, "Costas en el procedimiento administrativo."

²¹⁶ Según el art. 74 del D. 1397/79, si el contribuyente interpone recurso de reconsideración ante el Director General, con ello agota la vía administrativa y queda expedita *solamente* la vía judicial; no cabe por tanto en tales casos ocurrir posteriormente ante el Tribunal Fiscal.

²¹⁷ Ampliar en GIULIANI FONROUGE y NAVARRINE, *op. cit.*, p. 587 y ss.; 6ª ed., p. 758.

²¹⁸ Ley 11.683, t. o. 1998 y modifc., arts. 161 y 184 *in fine*. Las costas se regulan conforme el arancel profesional de abogados y procuradores, aún tratándose de no profesionales del derecho. Ver GIULIANI FONROUGE y NAVARRINE, *op. cit.*, p. 570; 6ª ed., p. 741. Sin perjuicio de su dudosa constitucionalidad, en la Prov. de Buenos Aires, para presentarse ante el Tribunal Fiscal con patrocinio letrado, se requiere pagar el 2 por mil del valor cuestionado, por imposición del art. 12 inc. g) de la ley 6.716 (ley previsional para abogados) y por el art. 9º inc. 6º del Reglamento de Procedimiento del Tribunal Fiscal de Apelación.

²¹⁹ El caso del art. 74 del decr. 1397/79.

²²⁰ En el recurso de apelación ante la CNFed, art. 86 y ss. de la ley 11.683, t. o. 1998.

actuación ante el Tribunal Fiscal, puede producirse la exclusiva intervención de los profesionales del derecho. Otra variante, la de admitir la actuación de los profesionales de ciencias económicas ante la justicia en asuntos tributarios, ha sido rechazada por la jurisprudencia en el estado actual de la legislación.²²¹

15. *Asistencia jurídica*

En el estado de bienestar,²²² máxime en estado de emergencia²²³ crece la importancia de la asistencia oficial de las personas carentes de recursos²²⁴ en materia jurídica. En el caso del inmigrante irregular,²²⁵ la ley le reconoce el derecho a recibir “orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria”²²⁶ También tiene derecho a ser asistido “por empleadores, sindicatos u otros órganos o instituciones”²²⁷ y por ende la administración pública, respecto a “Los requisitos establecidos para su admisión, permanencia y egreso”²²⁸ y “Cualquier otra cuestión que le permita o facilite cumplir formalidades administrativas o de otra índole en la República Argentina.”²²⁹ Quienes “carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden o hablan el idioma oficial.”²³⁰

²²¹ CSJN, *Fallos*, 271: 200, *S.R.L. Bertolo*, 1968; GIULIANI FONROUGE y NAVARRINE, *op. cit.*, p. 505; 6ª ed., p. 676.

²²² Ampliar *supra*, t. 1, cap. III, “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo,” sección III, “Bases sociales del derecho administrativo. Estado de derecho y estado de bienestar.”

²²³ Ver *supra*, t. 1, cap. IV y sus referencias. Ahora la ruina es perpetua, como lo explicamos en “La constitucionalidad formal...,” *RPA* 2006-2: 59-104. Ver PÉREZ HUALDE, “La postergación...,” *op. loc. cit.*

²²⁴ Ver t. 1, cap. III, § 24, “La libertad en el Estado de Bienestar.” En la Provincia de Buenos Aires el art. 15 de la Constitución garantiza la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes; el art. 39.3 asimismo la asegura en materia laboral y de seguridad social, siguiendo la misma línea el nuevo Código del Consumidor y del Usuario, ley 13.133.

²²⁵ Cuyo régimen analizamos en “El inmigrante irregular en la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino,” *op. cit.*, pp. 1-4.

²²⁶ Art. 8º, *in fine*.

²²⁷ Art. 9º, *in fine*.

²²⁸ Art. 9º, inc. b).

²²⁹ Art. 9º, inc. c).

²³⁰ Art. 86.

Capítulo II

EL ADMINISTRADOR

I. Introducción

1. *Extensión del concepto de administrador.* *Su carácter de parte*

Administrador en el sentido del procedimiento administrativo¹ son no sólo los órganos administrativos *stricto sensu* de la administración central, sino también de los entes descentralizados: entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades del Estado en tanto emitan actos administrativos;² hacia el final de los años noventa se afirmó el criterio de la no aplicación de las normas específicas del procedimiento administrativo a las sociedades del Estado, sociedades anónimas de capital estatal y sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria,³ excepción hecha de sus actos administrativos; tampoco a las entidades bi o supranacionales.⁴ En cuanto a las personas públicas no estatales⁵ y hasta personas privadas, sus órganos pueden revestir el carácter de administrador, en cuanto el orden jurídico les

¹ O sea, los que en forma secuencial e impredecible resuelven algo en el procedimiento, pues cabe recordar “La inexistencia de un responsable del procedimiento:” *infra*, cap. VIII, § 1.2.

² Decr. 1883/91, art. 4º; *supra*, t. 3, cap. I, § 12.4, “Sociedades del Estado;” *infra*, cap. XI, “Recurso de alzada,” § 3.2, “Entes autárquicos. Empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado” y ss. Ver GÓMEZ SANCHÍS, DANIEL, “Principios, sujetos y actos del procedimiento administrativo,” en FARRANDO, ISMAEL (H.) y MARTINEZ, PATRICIA R. (dirs.), *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 604. La PTN sostuvo que la alzada no procedía contra los actos “exclusivamente inherentes a su actividad privada”(¿); pero calificó de públicos los actos emitidos por estas sociedades en procedimientos de contratación, *Dictámenes*, 211: 287; Ver CSJN, *Coifin*, *Fallos*, 312-2: 2050, año 1989. El art. 2º del decr. 9101/72 fue derogado por el art. 6º del decr. 1883/91.

³ CSJN, *Mavizag SRL*, *Fallos*, 322-2: 2091, año 1999; *Coifin c. SEGBA*, *Fallos*, 312-2: 2050 y similares pronunciamientos del Superior Tribunal de Santa Fe, *in re Organización Metalúrgica Argentina S.R.L.*, año 1992, y de Santa Cruz, *in re Sevilla*, año 1985; *in re Sapeza*, año 1996.

⁴ CSJN, *Ingeco S.A. – Viluco S.A.*, *Fallos*, 319-1: 826, año 1996; se trataba de Yacyretá.

⁵ *Supra*, t. 3, cap. I, “El acto administrativo como parte de la función administrativa,” § 11, “El acto administrativo —y no los contratos administrativos— de entes no estatales” y ss.; *infra*, cap. XI, “Recurso de alzada,” § 2.4.2, “Personas no estatales” y 2.4.3, “Otros casos.”

delegue potestades que den lugar a la emisión de actos administrativos. Podrá ser cuestión de debate en estos casos si se aplicará o no directamente el decreto-ley,⁶ pero no hay duda que sus principios son de aplicación en tales supuestos.⁷ Hemos visto en el capítulo anterior que es indubitable el carácter de parte que pueden asumir en el procedimiento administrativo los entes estatales con personalidad jurídica⁸ y hemos analizado la cuestión de si los órganos sin personalidad jurídica pueden, a su vez, ser considerados partes respecto de otros órganos.⁹ Al margen de tal discusión, pensamos que es indudable que, frente al particular interesado el órgano tiene carácter de parte. De no ser por sí mismo, al menos como órgano de la administración. No se discute, en efecto, que la administración no actúa en el procedimiento administrativo como juez (tercero ajeno a la contienda, imparcial, y además independiente, no sujeto a órdenes), sino como *parte*.¹⁰ Desde luego, este carácter de parte que tiene el administrador en el procedimiento no es en un todo igual al de los particulares o al de otras entidades que *impugnan* o *solicitan* algo. El administrador que *resuelve*, incluso como parte, se encuentra así en una situación diferente, pues tiene *facultades*, frente a su contraparte, de las que ésta carece. Esto origina tanto derechos como deberes del administrador que es necesario analizar.¹¹

⁶ Como ha sido resuelto en España: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., 1ª ed. argentina con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006, cap. XXII, § III-2-C, p. 472.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 472: Se aplican directamente “los principios inspiradores de la regulación legal del procedimiento como tales principios generales sin hacer referencia alguna al precepto concreto en el que aparecen positivados.” En nuestro país se hace aplicación directa de tales principios incluso para declarar la inconstitucionalidad de las normas legales que se le opongan: CSJN, *Fundación Universidad de Belgrano, Fallos*, 300-2: 1070, año 1978, y *ED*, 80: 630, con nota de BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Ritualismo exagerado versus solución justa,” *Galián, Fallos*, 300-2: 1292, año 1978. Recuérdese que dicho fallo, a su vez, fue invocado en los considerandos del decr. 1883/91.

⁸ *Supra*, cap. I, § 8, “Entes estatales con personalidad jurídica.”

⁹ *Supra*, cap. I, § 9, “Órganos administrativos sin personalidad jurídica.”

¹⁰ Conf. CAMMEO, FEDERICO, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1960, p. 664; BREWER-CARÍAS, ALLAN—RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y estudios de derecho administrativo*, t. V, *La jurisdicción contencioso-administrativa*, vol. 2, Caracas, 1978, pp. 468-9; Costa Rica, arts. 275 y ss. Existen también precedentes judiciales en que la calidad de parte en el proceso le es reconocida a un órgano administrativo: CNFed. CA, Sala V, *Fernández Vidal, LL*, 1997-F, 288; *Masily S.A., LL*, 1998-D, 208, año 1997; con nuestras notas en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 163, § 74 y p. 184, § 87.

¹¹ Por ello hemos dicho que la administración activa no es habitualmente imparcial ni independiente al realizar actividad semejante, materialmente, a la actividad jurisdiccional: Ver *supra*, t. 1, cap. IX, § 7; aún al actuar como autoridad de aplicación, tal como prevé la ley de defensa del consumidor y lo explica ZAYAT, VALERIA E., “El procedimiento administrativo ante los organismos nacionales de defensa del consumidor,” en TAWIL, GUIDO S. (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 568 y ss. al sostener que “El accionar de la autoridad de aplicación de la ley de defensa del consumidor se rige por los principios generales del procedimiento administrativo, debiendo, en particular, su obrar ajustarse a sus principios rectores como el de legitimidad (legalidad objetiva y razonabilidad), verdad material objetiva, informalismo, oficialidad, gratuidad, entre otros; tal como acertadamente lo dispuso la reciente reforma de la ley de defensa del consumidor, al determinar la aplicación supletoria de la LNPA, a todo lo que no estuviese previsto en su texto.”

II. Facultades respecto al trámite

2. *Resoluciones de mero trámite*

Las facultades de los funcionarios públicos y por ende de los distintos órganos administrativos, en cuanto al procedimiento, no están siempre claramente determinadas. Como regla general, puede afirmarse que las resoluciones de mero trámite (traslados, vistas, notificaciones) y las que hacen al desenvolvimiento del procedimiento (pedidos de informes, de dictámenes; apertura a prueba, recepción de la prueba)¹² pueden ser dispuestas por funcionarios de menor jerarquía que aquellos a los que corresponde decidir en la instancia respectiva. En la práctica, al menos, ello ocurre así en muchos casos, si bien es bastante común también que el mismo funcionario que en definitiva debe decidir la cuestión de fondo en la instancia de que se trate, sea quien adopte las decisiones de trámite y de procedimiento.

Por ello hubiera sido deseable que el sistema normativo consagrara más categóricamente las atribuciones de los funcionarios de menor jerarquía para todos los actos normales de procedimiento, ya que ante la falta de una solución reglamentaria expresa, puede primar la tendencia burocrática a la inacción y a diferir todas las cuestiones “a la superioridad,” que es el criterio conforme al cual el agente entiende habrá de tener menos problemas en su trabajo. Se perpetúa así el sistema en que los funcionarios de nivel jerárquico inferior son los que de hecho preparan proyectos de actos que someten a la firma de su superiores. Si bien esto mismo ocurre en la práctica judicial, la mayor responsabilidad jurídica, política y social de los magistrados es harto diferente de la de los funcionarios públicos, especialmente los de nivel político.

En este primer punto importante de procedimiento en la práctica,¹³ el decreto-ley 19.549/72 nada ha establecido y por ende nada ha modificado. Queda por ello en pie la afirmación hecha por VIDAL PERDOMO para el derecho colombiano, de que “Algunas veces se exageran las formalidades, se multiplican sin objeto las intervenciones de distintos funcionarios, se hace tan complicada la tramitación de una gestión administrativa, que los particulares renuncian en ocasiones a su derecho, con tal de no tener que habérselas con esa medusa de mil cabezas.”¹⁴

¹² Al respecto ver *supra*, t. 3, cap. II, § 3.3, “Actos interlocutorios y definitivos” y 3.4, “Actos o medidas preparatorias y actos interlocutorios o de mero trámite.”

¹³ Ver *supra*, t. 2, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica,” RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “El procedimiento administrativo en la práctica. Principales cuestiones que se plantean,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, cap. XXVIII, pp. 333-327. Ver también BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. XIX, § IV, pp. 603-625;

¹⁴ VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1975, 4ª ed., p. 438; 1977, 5ª ed., p. 400; Temis, 1997, 11ª ed. p. 345. Ver también, *supra*, t. 1, cap. VII, § 10.3, “La exacerbación reglamentaria,” t. 3, cap. IX, § 4.6, “Otros vicios de procedimiento.”

Parte de la sensación de “medusa” la produce el hecho de encontrar por doquier funcionarios que alegan no ser competentes.¹⁵ Pero es común que haya diálogo fluido entre los administrados y los funcionarios, en el cual se resuelven informalmente al menos los temas menores de procedimiento: acceso a la actuaciones, etc.

3. Competencia para decidir la procedencia formal de los recursos

Si bien los funcionarios inferiores deben tomar decisiones de trámite, no están facultados para decidir la procedencia formal de los recursos ante sus superiores. Hay así una diferencia entre las facultades del administrador cuyo acto es impugnado y del juez cuya sentencia es apelada. El recurso de apelación se caracteriza porque “hace falta que sea concedido por el Juez *a quo* o, en su defecto, se deduzca recurso de hecho, para que el tribunal de alzada pueda conocer del mismo. En cambio, el recurso jerárquico se interpone directamente ante¹⁶ la autoridad superior que es la que resuelve o no darle curso y se pronuncia sobre el fondo, careciendo, como consecuencia del vínculo de supremacía jerárquica, la autoridad jerárquicamente subordinada de competencia para limitar las atribuciones del superior, *v.gr.*, denegando el recurso.”¹⁷ Estas consideraciones son aplicables a todos los recursos administrativos; en ellos, la procedencia o improcedencia formal debe ser decidida por el mismo funcionario o autoridad a que toca decidir sobre *el fondo* de la cuestión.¹⁸ La importancia práctica de este principio es muy grande, pues de lo que se trata es de evitar que en la práctica se frustren los derechos del recurrente por intempestivas declaraciones de improcedencia de los recursos intentados, que sean formuladas por cualquier funcionario público interviniente en el trámite. El rechazo del recurso, si corresponde, sólo habrá de ser llevado a cabo por la autoridad competente para decidir en cuanto al fondo.

El principio es el mismo tanto si existen pocos recursos reglados como si se presenta la situación del derecho argentino o mexicano, en que al decir de FIX-ZAMUDIO, “La situación aflictiva del administrado [...] no radica tanto en la carencia de medios jurídicos de defensa, sino en la multiplicidad e imprecisión de los mismos.”¹⁹

¹⁵ Esto atenta contra el principio de celeridad: art. 1º, inc. b) del decreto-ley 19.549/72; Bolivia, art. 4º, incs. k) y j); Colombia, art. 3º; Costa Rica, arts. 225 y 269; Chile, arts. 7º y 9º; Perú, art. IV y 148.)

¹⁶ Hoy en día el recurso se presenta ante el inferior *para ante* el superior, pero salvo esto lo demás permanece igual.

¹⁷ PTN, *Dictámenes*, 37: 140; 64: 208.

¹⁸ La misma solución en el derecho uruguayo: CAJARVILLE PELUFFO, JUAN P., “Recursos administrativos,” en el libro *Procedimiento administrativo*, de PRAT, MARTINS, BRITO, FRUGONE SCHIAVONE, CAJARVILLE PELUFFO, Montevideo, ACALI, 1977, p. 83, nota 9; BRITO, MARIANO, “Principios del procedimiento administrativo común en el Uruguay,” en *Derecho Administrativo*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2004, pp. 391-401. Para un análisis comparado del MERCOSUR, ver BRITO, “Principios generales del procedimiento administrativo en el Mercosur,” en su *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, pp. 381-390.

¹⁹ FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, “Introducción al estudio de los recursos administrativos,” en el libro de Homenaje a GABINO FRAGA, *Estudios de derecho público contemporáneo*, México, 1972, p. 60 y ss., pp. 62 y 78. Ampliar *infra*, cap. III, § 2.10, “Unidad de acción, pluralidad de recursos.”

Ha de evitarse conferir a cualquier agente público el arma letal para el procedimiento de defensa de los derechos de los particulares, que cualquiera en la administración pueda sentirse facultado para rechazar recursos o reclamos de los particulares. Todo cuanto pueda decirse en este sentido es poco para la eficacia del fin último del procedimiento.²⁰ Comparando las atribuciones procedimentales del administrador en ausencia de norma expresa, concluimos en que deben reconocérsele aquellas facultades que contribuyan al progreso del procedimiento tendiente a la verificación de la legitimidad del acto administrativo cuestionado y negársele, en cambio, aquellas eventuales potestades que frustren esa finalidad, de las cuales la más típica es la de cercenar el procedimiento procediendo p. ej. a desechar el recurso. No se trata de un prejuicio individualista: “las decisiones finales de la Administración, tomadas bajo el apremio de intereses públicos impostergables,²¹ si bien gozan del beneficio de acatamiento previo [...] están signadas por la provisoriedad, propia de lo circunstancial y relativo y sujetas al examen [...] ulterior.”²² Para que el administrador tenga presente el carácter provisorio de sus actos y el examen de ellos que complementa las prerrogativas del poder público, es necesario puntualizar claramente cuál es la extensión y el significado de sus atribuciones al efecto, como así también sus responsabilidades. Ha de contribuir así a evitar que siga siendo realidad que “El débil administrado debe enfrentar a cada momento [...] no sólo al consuetudinario autoritarismo del poder político, sino también al nuevo despotismo burocrático.”²³

4. *Momento en el cual resolver sobre la admisión formal del recurso*

Por lo demás, es de señalar que no hace falta que el superior dicte primero un acto declarando formalmente procedente el recurso y luego otro acto para decidir sobre el fondo del asunto; razones de economía procesal aconsejan que ambos puntos sean resueltos en un mismo acto.²⁴

²⁰ Agrega FIX-ZAMUDIO, “Desafortunadamente nuestras autoridades administrativas no han comprendido este fundamento de los recursos administrativos y los consideran como un trámite más [...] se consideran obligados a defender la administración a que pertenecen en forma indiscriminada, a través de un criterio de lealtad muy mal entendido, si se toma en cuenta que la propia administración no constituye una entidad transpersonal y que el fin último de todas las disposiciones jurídicas se dirige o debe dirigirse a la persona humana,” *op. cit.*, p. 78.

²¹ Eso es, al menos, lo que suele invocar la administración, pero todos sabemos que dista mucho de ser verdad en la práctica: Ver *supra*, t. 2, cap. VI, § 5.

²² REAL, ALBERTO RAMÓN, “Los principios del procedimiento administrativo en el Uruguay,” en AA.VV., *Anuario de Derecho Administrativo*, Santiago de Chile, 1976, p. 269 y ss., p. 273. Si bien el desarrollo del tema del procedimiento administrativo es tan destacable en la Argentina como en el Uruguay, hay en cambio una diferencia sustancial de contexto jurídico, en favor de Uruguay.

²³ REAL, *op. cit.*, p. 274.

²⁴ PTN, *Dictámenes*, 75: 14; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, 2ª ed., p. 51; GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1967, 3ª ed., p. 533. Igual criterio corresponde seguir en la denuncia de ilegitimidad, salvo que se deniegue expresamente la vía, como señala REJTMAN FARAH, MARIO, *La impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 104.

5. Criterio para la admisión de los recursos. El principio *pro actione*

El punto de partida es claro. La doctrina destaca “el principio *pro actione* que postula en favor de la mayor garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción y, por lo tanto, en el sentido de asegurar, en lo posible, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento.”²⁵

6. Elevación al superior de los recursos y denuncias

De lo anterior se sigue, entonces, que todo recurso presentado a un funcionario determinado contra un acto suyo o de un inferior, que corresponda decidir a otro funcionario superior a él, no puede ser considerado en su validez procesal por él mismo. Él tiene el deber de elevar el recurso para su ulterior tramitación, o efectuar él mismo su tramitación en el caso excepcional en que así corresponda. El criterio expuesto fue en su momento consagrado por el decreto 1.759/72, que primigeniamente dispuso que cuando el particular interponía un recurso jerárquico “la autoridad que dictó el acto impugnado” debería proceder a elevarlo “de inmediato y de oficio al Ministerio.” (Art. 90; redacción hoy cambiada por un discreto plazo de 5 días hábiles administrativos.) En el caso del recurso jerárquico interpuesto en subsidio de uno de reconsideración, a su vez, el art. 88 también dispuso en 1972 que la elevación se haría “de inmediato, a pedido de parte.” En este supuesto se requería el impulso procesal del particular, pero la norma no reconocía a la autoridad emisora del acto impugnado intervención decisoria alguna en cuanto a la parte procedimental del recurso jerárquico, sino que establecía taxativamente que ella debía limitarse a elevar el recurso “de inmediato” al superior.²⁶ Pero el tiempo le llevó sabiduría y optó por escribir de nuevo la norma, dándose los mentados cinco días.

Estos principios funcionan razonablemente bien en la práctica, aunque por supuesto la elevación no es usualmente tan “inmediata” ni tan “de oficio” y a veces ni siquiera en los cinco días. Alguna actividad del particular suele ser requerida en la mayor parte de los casos y la autoridad inferior raramente resiste la tentación de producir un informe o dictamen acerca del fondo de la cuestión planteada por el particular en su recurso. Más aun, se piensa que *debe* hacerlo. Con sentido más general, si “la autoridad superior de un órgano administrativo

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, t. II, *op. cit.*, cap. XXII, § IV-3, p. 477; art. 5, inc. d) del RN. BOTASSI, CARLOS A., *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, pp. 11 y ss.; BREWER-CARIAS, ALLAN R., *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, p. 62, quien recuerda también las normas de Costa Rica, 224; Colombia, 11; Honduras, 115; Perú, 125/126; Venezuela, 45. Ver CSJN, *The Nichiren Shoshu, LL*, 2002-F, 772, donde se dejó sin efecto —por exceso ritual manifiesto y por desconocer principios fundamentales del procedimiento administrativo, tal como es el informalismo— una sentencia que descalificaba un recurso administrativo presentado en una dependencia distinta de la misma repartición.

²⁶ PTN, *Dictámenes*, 66: 235; 70: 159; 71: 89.

[...] recibe un recurso con otra denominación, pero de cuyos términos fluye sustancia del jerárquico, debe encauzarlo, con los antecedentes respectivos, hacia el Poder Ejecutivo, por la vía ministerial correspondiente.”²⁷

Esta doctrina es también aplicable en el caso de las denuncias de ilegitimidad, que consideramos teóricamente dirigidas al Poder Ejecutivo, en su carácter de jefe superior y responsable de toda la administración. Un funcionario de jerarquía inferior, al no ser responsable por la marcha de toda la administración, no puede desechar por sí la denuncia, sino que está obligado a elevarla a conocimiento del Poder Ejecutivo o del ministro²⁸ para que éste adopte en definitiva la decisión que corresponda en cuanto al fondo según el acto sea ilegítimo o no. El derecho del denunciante a que su denuncia sea resuelta en cuanto al fondo está reconocido en el decreto 229/00 (art. 3º, inc. i.)

7. El rechazo de escritos por la Mesa de Entradas

7.1. Expresiones injuriosas

Queda con lo expuesto dicho que en modo alguno pueden los escritos presentados por terceros ser rechazados por una mesa de entradas de la repartición, o por la oficina a la cual sean presentados. El rechazo de los escritos, en cuanto no admisibilidad física o material de su presentación, es totalmente inaceptable en el trámite administrativo.²⁹ Corresponde pues recibirlos, tramitarlos y resolverlos según su contenido. Sin embargo, en algunos casos la norma pone obstáculos a la petición de los particulares, lo cual provoca altercados con los empleados de las mesas de entradas que se niegan a recibir sus peticiones.³⁰ Lo dicho es aplicable incluso aunque los escritos tengan expresiones lesivas a la dignidad de los funcionarios, pues en tales casos, ya se ha resuelto, no corresponde sino que la autoridad competente para decidir sobre el fondo ordene testar las expresiones pertinentes.³¹ En efecto, el art. 6º inc. a) del decreto 1759/72, en concordancia con el art. 5º, establece que corresponde al órgano competente “testar toda frase

²⁷ PTN, *Dictámenes*, 66: 235, 70: 159; 71: 89.

²⁸ Comp. art. 1º, inc. e), ap. 6º del decreto-ley 19.549/72.

²⁹ Es, una vez más, aplicación del principio general del informalismo a favor del administrado que explicamos, *supra*, t. 2, cap. IX, § 11, “Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado;” es lo que GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, 1ª ed., p. 85 y 2002, 2ª ed., p. 88, llama “principio antiformalista.” En la provincia de Santa Fe el antiguo régimen de 1958 es notoriamente obsoleto: “en principio no se negará la recepción, sino que se llevará de inmediato en consulta al Jefe de la Repartición,” en FERULLO, GUSTAVO CÉSAR y GRAU, CÉSAR ANTONIO, *Procedimiento y recursos administrativos en la Provincia de Santa Fe*, Rosario, Fas, 1997, p. 58.

³⁰ Tal es el caso del Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que establece el pago de un derecho de timbre como requisito previo para la consideración del pedido de un particular: BARBARÁN, JOSEFINA, “El agotamiento del administrado,” *LL*, 2005-E, 1120.

³¹ PTN, *Dictámenes*, 96: 299, 310 vta., *in fine*, en que se adoptó así la tesis que ya propugnáramos en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1964, 1ª ed., p. 232; CREO BAY, HORACIO D., “Rechazo de escritos en sede administrativa,” *JA*, 1977-III, 646, § III.

injuriosa o redactada en términos ofensivos o indecorosos.” Puesto que está determinado en forma expresa que corresponde —a la autoridad competente, que no lo es al efecto la Mesa de Entradas— *testar* toda frase indecorosa y ofensiva, va de suyo que no puede en cambio devolverse ni rechazarse un escrito por esa causal.³² Estamos en suma en presencia de una facultad reglada de la administración, al haberse predeterminado cuál es la conducta que puede seguir la autoridad competente en caso de encontrarse con un escrito que contenga tales frases.³³

7.2. *Escritos improcedentes*

El citado principio de que los escritos no pueden rechazarse por Mesa de Entradas, también se aplica aunque el escrito sea manifiestamente improcedente.

a) La decisión de si un recurso es o no manifiestamente improcedente seguramente no la puede tomar por sí un jefe de mesa de entradas. Se trata siempre de una decisión sobre la procedencia formal del recurso o reclamo y debe por tanto ser efectuada por la misma autoridad competente para hacerlo sobre el fondo.³⁴

b) En caso de corresponder efectivamente su no consideración y la administración entienda que no debe adentrarse al estudio del asunto (casos de recursos de reconsideración contra actos ya reconsiderados, cuando se trata de la misma persona impugnando el mismo acto ante el mismo funcionario), lo que ella puede hacer³⁵ y de hecho hace, es archivar las actuaciones dictando al efecto el acto pertinente.³⁶ No podría ciertamente destruir el expediente, ni mandar devolver el escrito; tampoco puede entonces rechazar físicamente su interposición.

c) Cabe agregar una razón práctica: De nada sirve intentar rechazar la presentación material de un escrito por la mesa de entradas, si el escrito según vimos *también puede mandarse por carta, por telegrama, etc.* En tales casos, ciertamente, el funcionario no rechazará también el telegrama.

d) Por fin, un rechazo de tal índole es una grave irregularidad de parte del agente que así procede, contra la cual es procedente la queja y los demás medios informales de defensa que el administrado tiene a su disposición.³⁷

³² Ver *supra*, t. 2, cap. X, § 13, “Estilo administrativo y estilo forense” y ss.

³³ Ver *supra*, t. 1, cap. X, secc. II, “Facultades regladas y discrecionales de la administración,” § 10, “Introducción” y ss.

³⁴ Ver la jurisprudencia citada en GORDILLO y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed., pp. 370-1, nota 997.

³⁵ Claro está, cuando lo peticionado ya ha sido resuelto expresamente en uno u otro sentido (VIVANCOS, EDUARDO, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, p. 136), lo que ocurre en el ejemplo mencionado en el texto.

³⁶ VIVANCOS, *op. loc. cit.* Sin embargo se ha admitido en la práctica que una decisión de archivo de las actuaciones tiene además el significado tácito de acto denegatorio sobre el fondo de la cuestión: PTN, *Dictámenes*, 88: 129. Es lo que, con otras palabras, expresa el art. 84 del decreto 1759/72 al referirse al acto que sin ser definitivo “impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado.”

³⁷ Ampliar en CREO BAY, *op. loc. cit.*; *supra*, cap. X del t. 2.

7.3. Comparación y conclusiones. La administración como acción

Hemos expuesto la necesidad de que los funcionarios intermedios o inferiores se abstengan de pretender analizar los escritos para verificar su procedencia o estilo. Una *primera* comparación con el proceso judicial favorecería *prima facie* a éste en desmedro de la eficacia requerida al procedimiento administrativo.³⁸ A ningún empleado de juzgado se le ocurriría controlar en la mesa de entradas la procedencia formal de la presentación del letrado: La agrega al expediente, eso es todo. En el procedimiento administrativo como vemos, es indispensable aclarar en doctrina lo que no parecen aclarar los funcionarios superiores: Que los inferiores no pueden rechazar escritos por la mesa de entradas, ni tampoco en las oficinas en que el expediente se encuentre. Esta diferencia se explica por la resistencia de la administración a recibir reclamos o denuncias, pero es además una negación explícita a otro de los caracteres que la doctrina postula para el procedimiento administrativo y para la administración misma: “también administrar es acción, es el *Tat* de LABAND, que además de lo expuesto exige eficacia, economía y fundamentalmente celeridad;”³⁹ por ello la recepción normal de escritos sin pretendidas censuras, responde a los expresados criterios de economía, celeridad y eficacia. Éstas enfatizan el concepto de que la administración es acción. Si bien en algún caso conspiran contra las garantías en favor del administrado,⁴⁰ ello ciertamente no ocurre en este caso y para este efecto. Eficacia, celeridad y garantía, todos llevan a la misma solución.

Estas ideas generales sirven exactamente para mostrar el conflicto de autocontradicción que se presenta a aquellas soluciones de procedimiento que conspiran *a la vez* contra las garantías del administrado y contra la celeridad, eficacia y economía: el *Tat* administrativo, el obrar, la acción pueden a veces no ejemplificar celeridad, sencillez, economía, eficacia. Son muchos los casos en que la acción pura y simple es ineficacia, lentitud por complejidad y repetición. La acción es positiva sólo cuando sirve a un fin útil; la mera acción no orientada en los principios bien puede ser y a menudo es, también, contraproducente a los fines fácticos de rapidez, economía, etc. Por ello conviene recordar que “actividad” no significa necesariamente realizaciones útiles;⁴¹ como expresábamos en otra obra al referirnos a la necesidad de la planificación en contraposición a las urgencias de la administración. La urgencia sin adecuada reflexión es el arrebato, el atolondramiento. Es hacer algo, sí, pero hacerlo *mal*. Debe entonces garantizarse la eficacia del procedimiento, creando los principios y mecanismos para evitar

³⁸ Con todo, ya hemos explicado en el t. 2 que si la justicia no utiliza más ampliamente las medidas precautorias en general, las precautelares, la suspensión del acto administrativo, el adelantamiento de sentencia, etc., entonces termina demorando más que el procedimiento administrativo. Parte de la respuesta es crear suficientes tribunales, algo que el poder político siempre resiste.

³⁹ PRAT, JULIO A., *Derecho administrativo*, t. 3, vol. 2, Montevideo, 1978, p. 120.

⁴⁰ PRAT, *op. cit.*, p. 124.

⁴¹ TERRY, GEORGES R., *Principios de administración*, México, 1962, p. 160.

las acciones ineficaces, asegurar la unidad y celeridad,⁴² procurando evitar las acciones obstaculizantes, paralizantes, deteriorantes, innecesarias o superfluas.

Un ejemplo de lo que no debe hacerse en materia de celeridad y acción, pues, lo encontramos en el rechazo de escritos por la mesa de entradas de las oficinas administrativas, sea cual fuere el posible defecto formal de la presentación.

8. *La impulsión e instrucción de oficio*

Todas las facultades señaladas, y las demás razonablemente implícitas (salvo, repetimos, la concesión o denegatoria del recurso mismo) pueden ser ejercidas de oficio por cualquier funcionario inferior en las escalas jerárquicas.

En el procedimiento administrativo son principios fundamentales el de la impulsión e instrucción de oficio,⁴³ además del de la verdad material.⁴⁴ En consecuencia, el funcionario a quien toca decidir sobre el trámite del recurso puede y debe adoptar las medidas que sean necesarias para la adecuada impulsión del procedimiento⁴⁵ y para la averiguación de los hechos reales.⁴⁶ Debe también,

⁴² *Supra*, nota 1; *infra*, cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento,” § 1.2, “La inexistencia de un responsable del procedimiento.”

⁴³ Sobre la aplicación del principio en materia de derechos de consumidores y usuarios puede consultarse: ALETTI, DANIELA, “Avances y reformas en los derechos del consumidor desde el rol del daño,” RAP, 376: 61 (año 2010). La cuestión no es menor frente a la posibilidad de perseguir lo que la ley 26.361 dio en llamar “daño directo” dentro del procedimiento administrativo.

⁴⁴ Principio que receptamos desde nuestro Proyecto de 1964 (art. 245); así como en nuestro art. “Principios fundamentales del procedimiento administrativo,” en *Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, Montevideo, M.B. Altuna, 1964, vol. 61, nums. 2-3, pp. 32-43; actualmente se encuentra normativamente consagrado en el art. 1º del decreto-ley 19.549/72, como explicamos *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” TAWIL, *op. cit.*, cap. X, “El principio de verdad material en el procedimiento administrativo,” pp. 116-131; ALETTI, DANIELA y BONINA, NICOLÁS, “La verdad material: ¿Mito o realidad?,” LL, 2006-D, 1043; RODRÍGUEZ PRADO, *op. cit.*, punto II.2., “La verdad material,” p. 335; SACRISTÁN, ESTELA B., “Principios generales del procedimiento administrativo,” en *Documentación Administrativa*, Madrid, INAP, N° 267-8, pp. 261-78. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, “Principios del procedimiento administrativo en América Latina,” en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Madrid, Civitas, 2003, t. 2, pp. 1507-17. Iguales principios encontramos en el derecho uruguayo, como explica REAL, *op. loc. cit.*; FRUGONE, HÉCTOR, “Principios fundamentales del procedimiento administrativo,” en PRAT, *Procedimiento administrativo, op. cit.*, p. 29 y ss. Igual solución en el derecho venezolano: RONDÓN DE SANOS, HILDEGARD, *El procedimiento administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1976, pp. 98-9; peruano: art. 1º incs. 6º) y 11); boliviano: 4º incs. d) y n). La solución, como se advierte, es uniforme.

⁴⁵ Debe con todo distinguirse cuidadosamente el principio teórico y la práctica administrativa, que explicamos *supra*, t. 2, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica,” § 6, “La impulsión personal de las actuaciones.” Como dice GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de práctica forense administrativa*, Madrid, Civitas, 2001, 6ª ed. p. 130, “El panorama, pues, no es nada alentador cuando la Administración —o mejor, alguno de sus agentes— se obstina en no tramitar un procedimiento.”

⁴⁶ ALETTI, DANIELA y BONINA, NICOLÁS, “La verdad material: ¿Mito o realidad?,” LL, 2006-D, 1043: “El principio de verdad material que debe observar la administración también y necesariamente obliga al juez a evaluar en cada caso si la autoridad administrativa cumplió o no con él.” Pero ya hemos visto que en la práctica la virtualmente inexistente cantidad de juzgados en materia administrativa limita fuertemente, de hecho, sus posibilidades de acción.

entonces, decidir la apertura a prueba del expediente en los casos en que ello sea oportuno; por iguales razones debe pedir los informes y dictámenes que sean convenientes para la resolución del caso.

9. *Invitación a las partes a reuniones*

El art. 5° inc. e) del reglamento nacional faculta al “órgano competente” (no aclara cuál es) a disponer la “comparecencia personal de las partes,” sus representantes o apoderados con el objeto de aclarar cuestiones, tratar de dirimir diferencias o reducir discrepancias de hecho o de derecho. Si bien la norma no menciona a los patrocinantes, jamás se ha obstaculizado su actuación, lo cual es obvio.

La norma indica que debe formularse citación formal haciéndose constar el objeto de la invitación y que se ha de labrar acta de la reunión. Ninguno de estos requisitos suele cumplirse en la práctica, pues es obvio que la búsqueda de arreglos o transacciones supone negociaciones que evolucionan, se estancan, involucionan, etc., sin que sea normalmente útil a ninguno de los interesados dejar constancia escrita de las posiciones expuestas o arreglos propuestos en tanto no se esté próximo a una efectiva transacción.

En otro aspecto, corresponde destacar que si bien la norma desde su redacción original de 1972 habla de “disponer la comparecencia personal,” no tiene desde luego el administrador atribuciones para hacer comparecer a una persona por la fuerza pública si ésta no accede a presentarse voluntariamente. Por ello no se trata de “disponer la comparecencia” sino de “invitar a una reunión.” En cualquier caso, el principio jurídico de la no obligación de concurrencia personal es de raigambre constitucional.⁴⁷ Ello está así claramente consagrado en el derecho peruano, y por lo expuesto también consideramos que está vigente entre nosotros. Dice así el art. 28: “Nadie está obligado a comparecer personalmente a una repartición pública, salvo que tal obligación emane de la ley. En la citación se hará constar el objeto de la comparecencia.”

Cabe advertir, por lo demás, que, en el caso del reglamento argentino no estamos en presencia de una norma legal *stricto sensu*, por lo que no tendría fundamento jurídico suficiente la pretendida limitación a la libertad personal que supone el obligatorio apersonamiento a una determinada repartición en el lugar y hora de elección de ésta. Incluso en el derecho español, en el que una disposición similar está consagrada por la ley, la doctrina advierte que el ejercicio de esta facultad puede llegar a configurar un *delito*,⁴⁸ abriendo por lo demás las vías jurisdiccionales de tutela de la libertad personal,⁴⁹ o sea el *hábeas corpus*, y sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial pertinente.⁵⁰

⁴⁷ BACACORZO, *op. cit.*, comentario al art. 28, § 1.

⁴⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Madrid, 1977, p. 218.

⁴⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, *op. cit.*

⁵⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, *op. cit.*

Todo indica la conveniencia de eliminar normas tales que conllevan un carácter ominoso. Como dice VIVANCOS, “El administrado es un sujeto de derechos y obligaciones frente al Estado; y por respeto a la Ley y a sí mismo, debe negarse, cuando sea procedente, a una comparecencia personal ilegalmente acordada. La contemplación del súbdito manso, sumiso y obediente frente a todo desafuero y frente a toda arbitrariedad es la de una imagen del feudalismo y del absolutismo que repugna el pensamiento jurídico y que no hay forma de conciliar con la idea que el hombre tiene del estado de Derecho.”⁵¹

La objeción central está en los términos empleados por la norma, en cuanto otorga al órgano interviniente la facultad de “*Disponer en cualquier momento la comparecencia personal*” estableciendo una inadmisibles —especialmente por vía reglamentaria— obligación de comparecencia de las partes, cuando debió facultar al órgano para “*Invitar a las partes a comparecer*.”⁵²

Incluso puede sostenerse que una supuesta obligatoria comparecencia personal ordenada a un particular por el funcionario público en el procedimiento administrativo es irrita y no puede dar lugar a consecuencia alguna en caso de inasistencia del invitado a la reunión.⁵³

De otro modo constituiría una ilegítima restricción a la libertad de locomoción que hasta podría dar lugar a una acción preventiva de *hábeas corpus*, sin perjuicio de las demás medidas que autoriza el ordenamiento jurídico y la responsabilidad personal del funcionario actuante.

10. Caducidad del procedimiento

Si bien el principio legal que rige el procedimiento es la impulsión de oficio,⁵⁴ existen excepciones en que el impulso le corresponde a la parte⁵⁵ y en tales casos puede analizarse la aplicación del ap. 9° del inc. e) del art. 1° del decreto-

⁵¹ VIVANCOS, *op. cit.*, p. 78.

⁵² VIVANCOS, *op. cit.*, p. 78. Conf. HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley nacional de procedimiento administrativo*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 56, quien señala que el ap. d) del art. 5° del reglamento “Se refiere al pedido de explicaciones que el órgano estime necesarias al objeto de las peticiones. También comprende la facultad conciliadora —reducir las discrepancias—. Usadas con discernimiento estas facultades, según la naturaleza de las cuestiones debatidas y las condiciones de las partes, puede dar óptimos frutos.”

⁵³ No creemos que valga la pena detenerse en una experiencia local desafortunada, reiterada por un mismo funcionario político, en que éste cita telefónicamente a su despacho a los dirigentes de grandes empresas privadas, les exige el número de su teléfono celular particular, les amenaza con todo tipo de consecuencias adversas para su empresa en caso de no acceder a las pretensiones que entonces les formula, etc. Los dirigentes de las grandes empresas han resuelto empíricamente la cuestión y por ello el asunto no pasa de la crónica periodística, no llegando a los estrados judiciales. Pero es de todos modos un dato preocupante de la realidad administrativa contemporánea, junto a otros de público y notorio conocimiento.

⁵⁴ Ver t. 2, cap. IX, § 15, “Principio de la oficialidad,” RENNELA, MARÍA PAULA, “El principio de oficialidad en el procedimiento administrativo,” en TAWIL, *op. cit.*, cap. IX, pp. 107-114.

⁵⁵ Ver t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 15.2, “Excepciones al principio de la impulsión de oficio.”

ley 19.549/72.⁵⁶ Esta norma prevé que cuando un trámite se paralice 60 días hábiles administrativos por causa legalmente imputable al administrado, o sea, causa que *impida* la prosecución del trámite y *no sea subsanable por actividad instructora o impulsión administrativa de oficio*⁵⁷ podrá intimársele a realizar aquella actividad procesal que tiene paralizado el trámite.

Si transcurridos 30 días desde la intimación el particular no activa el procedimiento, se puede disponer el archivo de las actuaciones;⁵⁸ pero el interesado puede luego de todos modos volver a ejercer sus pretensiones “en un nuevo expediente, en el que podrá hacer valer las pruebas ya producidas.” Se puede desarchivar⁵⁹ y reactivar el mismo número de expediente, ya que la expresión “nuevo expediente” no puede entenderse como presentación con nuevo número y carátula, sino meramente nueva presentación ulterior.

El transcurso del plazo de 60 días previsto en el art. 1º, inc. e), ap. 9º del decreto-ley 19.549/72 en que un trámite se paralice por causa imputable al particular (o incluso el transcurso de un plazo mayor que el indicado), no puede determinar la caducidad del procedimiento, si previamente no ha sido practicada al particular la intimación prevista en el apartado indicado, con la correlativa concesión del plazo de 30 días allí previsto. En tal tesitura, la Procuración del Tesoro ha señalado que, además de la paralización del procedimiento, el transcurso del plazo de 60 días y la imputabilidad al particular de la demora, la aplicación de la caducidad necesita siempre del requerimiento previo al interesado, con lo cual se aumentan las garantías del particular y se le brinda un trato análogo al que recibe la administración en la aplicación del instituto del silencio administrativo.⁶⁰

Cabe recordar a este respecto la diferencia señalada por HUTCHINSON⁶¹ en relación al proceso civil. En éste, la mera paralización de las actuaciones sin actos

⁵⁶ Ampliar *infra*, cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento,” § 11.2, “La remisión en el caso de caducidad de las actuaciones” y 12, “Caducidad de las actuaciones.” PAPEL, LAURA ROMINA, “La conclusión normal y anormal del procedimiento administrativo. La caducidad, el desistimiento y la renuncia,” en TAWIL, *op. cit.*, cap. XXVI, pp. 309-318.

⁵⁷ Señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, cap. XXII, § VI-3-D, pp. 517-8, que la pasividad se traduce en la pérdida de un trámite y sólo por excepción en la caducidad del procedimiento; debe tratarse de pasividades “especialmente cualificadas, que determinan la paralización del procedimiento por imposibilidad material de continuarlo. Cualquier otra omisión o inactividad justifica sólo la pérdida del trámite en cada caso conferido o, incluso, la resolución negativa del procedimiento mismo, pero no su caducidad propiamente dicha, ya que, en la medida en que sea posible la prosecución de la tramitación, la Administración está expresamente obligada a impulsarla hasta su normal desenlace.” La bastardilla es nuestra. Ver también BALBÍN, *op. cit.*, t. II, cap. XIX, § IV.10, pp. 657-658.

⁵⁸ Pues, como señala COMADIRA, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 185 texto y nota 51, la caducidad no opera de pleno derecho; también en *Derecho Administrativo. Acto...*, *op. cit.*, cap. VII, § 3.2, p. 195 texto y nota 572; *Procedimientos...*, *op. cit.*, art. 1º, § 4.4, p. 103.

⁵⁹ Recuerda COMADIRA, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 187, que no debe confundirse la caducidad con el archivo de las actuaciones; *Derecho Administrativo. Acto...*, *op. cit.*, cap. VII, § 3.2, p. 196; *Procedimientos...*, *op. cit.*, comentario al art. 1º, § 4.7, p. 104.

⁶⁰ PTN, *Dictámenes*, 191: 132.

⁶¹ HUTCHINSON, *op. cit.*, t. I, p. 57.

que configuren impulso procesal, determina la caducidad, que puede y debe ser declarada por el tribunal de oficio o a pedido de parte y notificada. En cambio en el procedimiento administrativo se requiere siempre la intimación previa, que permite entonces la intervención saneadora del interesado, dispuesta para aumentar las garantías del particular. No se produce de pleno derecho.⁶² Por otra parte, las disposiciones relativas a la caducidad en el procedimiento administrativo deben aplicarse con criterio restrictivo.⁶³

Como establece el segundo párrafo del señalado ap. 9°, la aplicación de la caducidad está totalmente excluida tanto en los trámites relativos a previsión social como, con un carácter más general, cuando la administración considerare que deben continuar por sus particulares circunstancias o por estar comprometido el interés público.⁶⁴ Conforme ha opinado la Procuración del Tesoro, esta última circunstancia se configura en los casos de nulidad de un acto administrativo.⁶⁵

De allí se advierte, una vez más, que el concepto de interés público,⁶⁶ en el caso, coincide con el principio de legalidad objetiva y con el de legitimidad de la conducta estatal. El tiempo transcurrido durante la tramitación hasta que quede firme el acto que declara la caducidad, es suspensivo de la prescripción y demás plazos legales y reglamentarios que se remiten con la caducidad.⁶⁷

El plazo mínimo existente para recurrir, desde luego, quedó *interrumpido* y no “suspendido”⁶⁸ si el particular interpuso un recurso administrativo en el procedimiento cuya caducidad se decreta. La obligación administrativa de resolver el recurso a nuestro juicio se mantiene intacta a pesar de la caducidad, aunque reconocemos que ello puede ser materia opinable.

11. *Facultades disciplinarias*

11.1. *Problemas que presenta*

En el derecho nacional, antes de 1972, el tema de supuestas atribuciones “disciplinarias” del administrador había sido omitido, por estimarse innecesarias y peligrosas tales potestades.

Se había interpretado, como quedó dicho, que le cabía a la administración la facultad de testar frases injuriosas o agraviantes en los escritos, y no se habían

⁶² COMADIRA, *Derecho administrativo*, op. cit., p. 185 texto y nota 51, ver también p. 196; *Derecho Administrativo. Acto...*, op. cit., cap. VII, § 3.2, p. 195 texto y nota 572, p. 196; *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., comentario al art. 1°, § 4.4, p. 103.

⁶³ PTN, *Dictámenes*, 159: 74.

⁶⁴ La necesidad de realizar esta ponderación confirma, como lo adelanta COMADIRA, *Derecho administrativo*, op. loc. cit., que la caducidad no se produce nunca de pleno derecho.

⁶⁵ PTN, *Dictámenes*, 175: 95.

⁶⁶ Noción respecto a la cual reiteramos las reservas expuestas en el tomo 2, op. cit., cap. VI, § 4.

⁶⁷ *Infra*, cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento,” § 12, “Caducidad de las actuaciones,” PAPEL, op. loc. cit.

⁶⁸ Ver *infra*, cap. VIII, § 7, “Suspensión, interrupción, remisión.”

presentado en la práctica problemas que requirieran de más normas o previsiones legales.

En efecto, siendo el procedimiento escrito, es poco lo que cualquiera de las partes puede hacer atentatorio contra el orden del proceso, sobre todo considerando que la impulsión e instrucción son de oficio. La propia administración puede y debe encauzar ese orden adoptando las medidas de trámite y de fondo necesarias.⁶⁹ En el derecho comparado puede recordarse p. ej. que en Costa Rica el art. 220 de la Ley General de la Administración Pública, dispone que “El derecho de defensa deberá ser ejercido por el administrado en forma razonable. La Administración podrá *excepcionalmente* limitar su intervención a lo prudentemente necesario y, *en caso extremo* exigirle el patrocinio o representación de un abogado, sin llegar a la supresión de los derechos de audiencia y defensa antes consagrados.” lo que se contempla como *extremo* sancionatorio es nada más que exigirle la intervención de un profesional. Tampoco el reglamento uruguayo o el peruano han considerado necesario crear facultades disciplinarias al funcionario respecto de las partes. En el derecho español, en que la ley se limita a prever la comparecencia de los administrados a las oficinas públicas sólo “cuando así esté previsto en una disposición legal o reglamentaria,” tal disposición le mereció oportunamente a VIVANCOS el siguiente comentario básico: “La exagerada idea que frecuentemente tiene el funcionario de su propia autoridad sólo se supera por la más exagerada aun que suele tener el ciudadano de la autoridad del funcionario. El resultado de este juego de exageraciones es funesto en cualquier parte, porque cada una de estas actividades sirve de provocación al desarrollo de la otra; cuanto más se acobarde el administrado mayor será en el funcionario la tentadora inclinación a la soberbia y viceversa.”⁷⁰ Dentro de ese contexto de derecho y doctrina comparada es claro que no correspondía en absoluto crear un “régimen disciplinario” dentro del procedimiento administrativo argentino.

11.2. La norma “legal”⁷¹

No obstante, el decreto-ley 19.549/72 introduce la cuestión dentro del procedimiento administrativo nacional y lo hace a guisa de proteger la “celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites;” en efecto, el art. 1º, inc. b) efectúa una delegación al Poder Ejecutivo “para regular el régimen disciplinario que asegure el decoro y el orden procesal,” al tratar del principio antes enunciado. Esa delegación incluye además en forma expresa la potestad de aplicar multas hasta un monto máximo que la ley determina y cuya actualización autoriza.

⁶⁹ Comp. DOCOBO, JORGE JOSÉ, “Facultades disciplinarias en el procedimiento administrativo,” JA, 1974: 280, quien a la inversa considera esta potestad disciplinaria “la consecuencia lógica de sus atribuciones para dirigir el procedimiento.”

⁷⁰ VIVANCOS, *op. cit.*, p. 78.

⁷¹ Arrastramos este lapso desde muchas ediciones, lo cual demuestra la real peligrosidad de seguir llamando leyes a los decretos leyes de los gobiernos militares: *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. I, § 5.2.

11.3. *Destinatarios de la norma*

Como la norma del decreto-ley no aclara a quiénes es aplicable, cabe concluir que lo es a todos los sujetos de derecho y órganos intervinientes en el procedimiento: tanto a los particulares como a los funcionarios públicos⁷² y órganos estatales. La reglamentación, al anunciar las concretas sanciones aplicables, tampoco formula distinción alguna, excepto en la sanción de separación de los apoderados, que hace inaplicable a los agentes públicos, remitiéndose a su régimen disciplinario funcional.⁷³ La inaplicabilidad de *esta* sanción a los funcionarios públicos se refiere a los casos en que ellos actúan en calidad de tales.⁷⁴ Cuando el funcionario actúa por su propio derecho le son aplicables iguales reglas que a los demás; también cuando discute actos que se refieren a su condición de funcionario (derechos, deberes, responsabilidad, etc.), él no actúa en ejercicio de la función⁷⁵ sino de sus derechos como persona física. La inaplicabilidad de esta sanción a los funcionarios públicos en ejercicio de su función hace que los mandatarios de los entes descentralizados no puedan ser separados de su mandato por quien lo instruye. Si se dijera que en realidad el espíritu de la norma legal y reglamentaria es que la potestad disciplinaria procedimental existe sólo sobre los particulares pero no sobre los agentes públicos que intervienen en el procedimiento,⁷⁶ cabría replicar que esto constituiría una equivocada percepción de la realidad del trámite, en el cual lo más frecuente es que las transgresiones al principio de “celeridad, economía, sencillez y eficacia” y al “orden procesal,” provengan no ya de los particulares en procura de justicia, sino de los mismos funcionarios intervinientes y del propio aparato burocrático. Si a alguien cabe “disciplinar” para el “orden procesal,” no ha de ser a los particulares necesitados de defender sus derechos, sino a los funcionarios cuando entorpecen, dificultan o demoran el ejercicio de tal garantía constitucional de defensa.⁷⁷

⁷² Corrientes, 241, faculta al particular a requerir judicialmente la aplicación de estas sanciones al funcionario. En igual sentido Jujuy, 7°; Santiago del Estero, 5° y 6°.

⁷³ Art. 6°, inc. e) *in fine* del reglamento nacional; Buenos Aires, arts. 7 y 8; Catamarca, art. 52; Córdoba, art. 10; Mendoza, art. 114 y Neuquén, art. 111.

⁷⁴ Como aclara DOCOBO, *op. cit.*, § V, ap. b).

⁷⁵ *Supra*, t. 1, cap. XII, § 3, “El órgano y el funcionario” y cap. XIII, “Agentes públicos.”

⁷⁶ Esta tesis está p. ej. expresamente consagrada en los arts. 8° de la Prov. de Buenos Aires; 11 de La Pampa; 114 de Mendoza; 4° de Tucumán.

⁷⁷ La solución no varía haciendo referencia al concepto de “parte.” Sea que se diferencie entre “interesados” y “terceros” (MOSTAFÁ PAOLINI, HADEL JOSÉ, *Interesados y terceros en el ámbito administrativo*, Caracas, EJV, 1973), o incluso que se limite el carácter de “parte” sólo a personas físicas o jurídicas, negándolo a los órganos administrativos (solución errada, pues como dice CAMMEO, *op. cit.*, p. 664, “La administración [...] es *parte*, no juez.”) Las facultades disciplinarias, en efecto, van dirigidas no contra el titular del derecho que se dilucida en el procedimiento, sino contra la persona física que interviene en él: contra el letrado de la parte, contra la parte misma si ella comparece por sí, contra el funcionario público que en defensa de los intereses de la administración perturbe el procedimiento. Tratándose de facultades disciplinarias sobre las personas físicas que intervienen y no estrictamente sobre las personas jurídicas cuyos derechos son discutidos, se justifica claramente sancionar a tales personas aunque no revistan carácter de parte, como ocurre con los letrados y los agentes públicos.

Cuando el funcionario actúa en el procedimiento administrativo como parte estatal frente a un particular, él debe también actuar en correcto cumplimiento de las normas procedimentales establecidas tanto para los funcionarios como para los administrados. De transgredir dichas normas y principios, corresponde que le sean aplicadas estas disposiciones disciplinarias específicas para el procedimiento, sin recurrir necesariamente al sistema más complejo de las sanciones de la ley 25.164⁷⁸ sobre empleo público⁷⁹ y la ley 25.188 de ética pública. En otras palabras, el agente está sometido en general a las normas disciplinarias del Estado y en particular a las normas disciplinarias del procedimiento en cuanto pueda transgredirlas. La regla *non bis in idem* impide, por cierto, sancionarlo dos veces por el mismo hecho, sin perjuicio de que el reiterado incumplimiento de las normas procedimentales y la consecuente aplicación de sanciones disciplinarias administrativas de procedimiento, pueda luego ser tenido en cuenta en el legajo del funcionario a los efectos del carácter progresivo de algunas sanciones. Otra interpretación implicaría ver la realidad al revés y llevaría a incorporar al procedimiento un instrumento grave de presión sobre los ciudadanos, en detrimento del objetivo que todo el procedimiento debe cumplir en atención a los principios de legalidad objetiva, garantía de defensa, informalismo, impulsión e instrucción de oficio, etc.⁸⁰ Sostenemos por ello que esas facultades disciplinarias alcanzan tanto a los particulares como a los funcionarios públicos y que la limitación indicada al final del inciso debe interpretarse aplicable sólo a la sanción de dicho inciso e).

La interpretación que aquí adoptamos podrá encontrar contrincantes. Habrá quienes prefieran atenerse a la intención presunta de los autores del reglamento y sostener entonces que estas potestades sancionatorias son precisa y exclusivamente para los particulares que vengan en el curso de sus reclamos a perturbar la eficacia del aparato administrativo. Pero esto lleva al exceso si alguien no guarda todo el protocolar trato y pleitesía que algún desubicado quiera exigir hacia sí mismo. Conviene derogarlo o al menos inaplicarlo. Debemos rescatar, una vez más, el fin último del orden jurídico y en especial el fin específico del procedimiento y los recursos administrativos, que no es otro que “la necesidad de establecer medios enérgicos para impedir que dichas autoridades se extralimiten en sus atribuciones cada vez más amplias y vigorosas, de tal forma que pueda reforzarse la endeble posición del administrado.”⁸¹

⁷⁸ Reglamentada por dechr. 1421/02.

⁷⁹ Para una explicación somera del régimen del empleo público ver *supra*, t. 1, cap. XIII; BALBÍN, *op. cit.*, t. 1, cap. VIII, § VII, pp. 703-730. Para un mayor desarrollo ver GARCÍA PULLÉS, FERNANDO (dir.), BONPLAND, VIVIANA y UGARTE, MARCELO L., colaboradores, *Régimen de empleo público en la administración nacional*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005; IVANEGA, MIRIAM MABEL, *Las relaciones de empleo público*, Buenos Aires, La Ley, 2009; BASTONS, JORGE LUIS (dir.), *Empleo público*, La Plata, LEP, 2006; BRITO, “Régimen disciplinario,” *op. loc. cit.*; DAUD, MARÍA GABRIELA, “El procedimiento administrativo disciplinario,” en TAWIL, *op. cit.*, cap. XLI, pp. 529-539.

⁸⁰ *Supra*, t. 2, cap. IX, § 15, “Principio de la oficialidad” y *supra*, referencias de la nota 45.

⁸¹ FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*, p. 60.

11.4. *Órgano competente para ejercerlas*

El decreto 1759/72 precisa que el objetivo de esta facultad es “mantener el orden y decoro de las actuaciones,” a cuyo efecto faculta al “órgano competente” (arts. 5° y 6°) a aplicar sanciones. Por ser una facultad disciplinaria cabe aplicar análogicamente el art. 38 del reglamento, que declara autoridad competente para disponer la reserva de las actuaciones al subsecretario del ministerio, o al titular del ente descentralizado de que se trate. El art. 2° del decreto apunta a similar solución, al facultar a los ministros y a los órganos directivos de los entes descentralizados a dirigir el procedimiento;⁸² no nos parece admisible delegarla.⁸³

11.5. *Sanciones aplicables*

11.5.1. *Graduación de su ejercicio*

Debe existir un orden en las sanciones disciplinarias: no podría disponerse un apercibimiento sin antes haber efectuado uno o más llamados de atención, ni aplicar una multa sin el procedimiento de apercibimiento previo. La exclusión de las audiencias, la sanción de mayor gravedad, no podría así normalmente aplicarse si antes no se ha sancionado del modo indicado a las partes. La sanción de separación del mandatario, de máximo rigor, ha de considerarse también en este orden de ideas, sin perjuicio de que a nuestro modo de ver y según ya hemos explicado es en sí misma inválida.⁸⁴ Las diversas sanciones deben interpretarse restrictivamente. Su enumeración es taxativa.⁸⁵

11.5.2. *Llamado de atención o apercibimiento*

La jurisprudencia ha distinguido entre el llamado de atención y el apercibimiento, señalando que el primero, más que una sanción *stricto sensu*, es más bien una advertencia dirigida a evitar la presumible comisión inminente de una incorrección futura, o la reiteración de una irregularidad anterior que se decide no punir directamente: es entonces de carácter preventivo antes que represivo; del apercibimiento se dice que constituye lisa y llanamente una sanción disciplinaria.⁸⁶ En el supuesto de que el apercibimiento o llamado de atención sea a uno de los funcionarios públicos intervinientes, va de suyo que no se trata de las

⁸² DOCOBO, *op. cit.*, con distintos argumentos.

⁸³ En contra DOCOBO, *op. cit.*, p. 283. En cambio la tesis tradicional de la PTN, *Dictámenes*, 96: 299, es que al resolver el fondo del recurso la autoridad competente ha de decidir también lo pertinente en materia de sanciones disciplinarias, sin desdoblar el trámite en un acto intermedio de aplicación de estas sanciones.

⁸⁴ Corrientes, art. 242, prevé llamado de atención, apercibimiento, multa; no la exclusión de las audiencias ni la separación de los mandatarios. Son situaciones de demasiada excepcionalidad como para que valga la pena contemplarlas normativamente.

⁸⁵ DOCOBO, *op. ult. cit.*, p. 285.

⁸⁶ Ver la jurisprudencia y doctrina que cita DOCOBO, *op. cit.*, p. 282, notas 17 y 19, especialmente CSJN, *Fallos*, 242: 179, *Carrizo*, año 1958, publicado con nota de PRÓCULO en *LL*, 96: 501.

sanciones de similar nombre que tienen los regímenes disciplinarios por faltas en el servicio,⁸⁷ sino que se trataría sólo, en principio, de una sanción de estricto alcance procedimental. El funcionario actúa en tal caso en defensa de sus derechos personales y no en ejercicio de su función, por lo que no está actuando como agente público ni por ende bajo ese tipo de subordinación disciplinaria.

11.5.3. *Testado*

La facultad del inc. a) para testar “toda frase injuriosa o redactada en términos ofensivos o indecorosos,” desde luego, requiere decisión expresa y previa audiencia del interesado (art. 1º, inc. f), ap. 1º del decreto-ley), pues se trata de una decisión, por lo tanto un acto administrativo y no meramente de una actividad *material* de obliteración o destrucción parcial de escritos presentados por los interesados. Esto último, por supuesto, constituirá una grave irregularidad administrativa y, además, una adulteración de instrumento público, punible penalmente, por ser el escrito parte del expediente administrativo en su materialidad originaria.⁸⁸

11.5.4. *Multas*

Conforme al inc. d) del mismo art. citado también se podrán aplicar las multas autorizadas por el decreto-ley, las que una vez firmes y si han sido dictadas de acuerdo a los recaudos del art. 7º⁸⁹ y demás normas concordantes del decreto-ley, podrán ser ejecutadas por los representantes judiciales del Estado, por el procedimiento de apremio.⁹⁰

11.5.5. *Exclusión de las audiencias*

Esta facultad establecida en el inc. b), del mismo artículo, que autoriza al funcionario a excluir de las audiencias “a quienes las perturben” es a nuestro juicio de las más graves en el procedimiento administrativo. Se trata de las audiencias de testigos o de otras diligencias probatorias realizadas con la necesaria intervención y control de las partes, en las cuales los letrados o las partes presentes pueden como en el proceso judicial hacer manifestaciones que “atentan contra el buen orden de la audiencia.” Va de suyo que formular observaciones, repreguntas o preguntas que no sean del agrado del funcionario no es perturbar el acto, pues la otra parte puede oponerse a la pregunta y el funcionario hacer lugar a la oposición. No habiendo partes contrapuestas, el propio funcionario puede de-

⁸⁷ Ver *supra*, t. 1, cap. XIII, “Agentes públicos,” § 11, “La responsabilidad.”

⁸⁸ Ver *supra*, t. 3, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos.”

⁸⁹ Competencia, “causa” (o sea, sustento fáctico suficiente), dictamen jurídico, audiencia previa, motivación suficiente, razonabilidad y proporcionalidad; entre otros.

⁹⁰ Art. 6º, inc. d) de la reglamentación; arts. 604 y 605 del CPCCN. El código procesal administrativo bonaerense sólo limita la competencia del fuero en la medida que la multa tenga que ver con cuestiones tributarias y cuando se relaciona con otras materias como, por ejemplo, la sanitaria, y siempre que no quede excluida, ver ley 12.008, conf. ley 13.101, art. 2º inc. 1º, segunda parte, e inc. 5º.

cidir, luego de dejar constancia escrita en el acta de la pregunta u observación formulada por el letrado o la parte, que dicha pregunta sea o no contestada por el testigo o imputado, o que la observación no sea atendida. Si se torna indispensable “excluir” de la audiencia a la parte o al letrado, corresponde suspenderla para que la exclusión no cree indefensión y lleve a la nulidad.⁹¹ No conocemos de casos en que se la haya aplicado.

11.5.6. *Separación de los apoderados*

El inciso e) pretende conferir a la administración la facultad de exigir a la parte que prescinda de su apoderado e intervenga directamente o por nuevo apoderado, bajo apercibimiento de suspender los procedimientos o continuarlos sin su intervención.⁹² Cabe destacar que la norma autoriza a separar solamente a los apoderados o mandatarios, no así a los profesionales que actúan en el solo carácter de patrocinantes.⁹³ Esta norma, por lo demás, es inaplicable a los órganos o funcionarios públicos, tal como este inc. e) del art. 6° del reglamento aclara expresamente en su parte final. Llama ciertamente la atención que los autores de la norma se hayan visto inspirados a crear una sanción disciplinaria que no existe en el orden procesal común.⁹⁴ Ya hemos señalado que a nuestro juicio se trata de una disposición irrita. En todo caso y en honor al buen tino de la administración activa, ya que no a su actividad reglamentaria en los gobiernos *de facto*, cabe reconocer que no se conocen casos de aplicación de la norma. Ella ha caído en *desuetudo* por su manifiesta violación al debido proceso legal.

III. Facultades respecto al fondo de los recursos

12. *Revocación de su propio acto, impugnado jerárquicamente*

Según dijéramos al hablar de los efectos de la interposición del recurso, dicha interposición no limita las facultades del inferior para revocar por contrario imperio su propio acto. Ello ha sido fundado, con acierto, en el carácter administrativo y no jurisdiccional de las facultades del órgano que dictó el acto recurrido. Ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que “Si la actividad desplegada fuera una *actividad administrativa*, y por ende, su consecuencia, la emanación

⁹¹ Comp. HUTCHINSON, *op. cit.*, t. II, p. 58, quien señala que si los separados fueran los interesados o letrados patrocinantes, pero no los mandatarios, la audiencia tiene que seguir su curso sin su presencia. Sin embargo, la norma no faculta sino a la separación del mandatario, no a la del interesado directo ni a la de sus letrados patrocinantes.

⁹² ¿Cabe suponer que el sentido de la norma es que en caso que el particular no se presente, por sí o por nuevo apoderado, la administración continuará *inaudita parte* con el procedimiento? Ello, desde luego, sería otro argumento más para considerarla inconstitucional. Ampliar en este vol., *supra*, cap. I, “Las partes,” § 13.7, “Separación administrativa del mandatario.”

⁹³ DOCOBO, *op. cit.*, p. 282.

⁹⁴ *Supra*, cap. I, “Las partes,” § 13.7, “Separación administrativa del mandatario.” Comp. DOCOBO, *op. cit.*, pp. 282-3, quien no señala objeciones.

de *actos administrativos*, la rectificación sería posible, salvo normas expresas en contrario, por aplicación del principio doctrinal de la revocabilidad de los actos administrativos.” “Tan es así que, tratándose de actos administrativos recurridos por vía jerárquica, la doctrina admite que la autoridad de quien los actos emanaron pueda revocarlos o modificarlos, por ejemplo, si hubiese incurrido en error.”⁹⁵ Hay quien sostiene, sin embargo, que «la interposición del recurso de alzada deja momentáneamente en suspenso la facultad que ésta pudiera tener para modificar o revocar el acto impugnado».”⁹⁶ Es de indicar, por otra parte, que VILLAR Y ROMERO sostiene ya en la segunda edición de su obra que “la interposición del recurso no impide tampoco que la autoridad que ha adoptado la decisión revoque el acto recurrido.”⁹⁷ Así funciona por otra parte en la práctica y no es muy extraño que un director nacional cuyo acto es recurrido jerárquicamente revoque por contrario imperio su acto de gravamen si algún dictamen posterior es contrario a su tesis, sin esperar así la resolución ministerial en tal sentido. De esa manera, con la todavía oportuna revocación del acto lesivo por la autoridad que lo dictó, se ahorran trámites innecesarios. Desde luego, no es admisible el empeoramiento del gravamen, o *reformatio in pejus*.⁹⁸

12.1. Límites a la facultad de revocar

Dado que tal criterio implica un mayor beneficio para el particular (pues su derecho es reconocido más rápidamente) y que en definitiva significa una aceleración y economía administrativa, nos parece conveniente mantenerlo. Va de suyo, por supuesto, que tales facultades del inferior para modificar su acto impugnado, existen sólo en tanto y en cuanto hagan lugar a lo peticionado por el interesado; es obvio que su competencia ha quedado implícitamente suspendida en lo que se refiere a la posibilidad de hacer más gravoso aun el acto impugnado. Sería nulo, por lo tanto, el acto del inferior jerárquico que pretendiera resolver en cuanto al fondo del recurso, rechazándolo.⁹⁹ En conclusión, las facultades del funcionario que ha dictado un acto que es luego impugnado por el interesado, se limitan a la

⁹⁵ RAGNISCO, L., *Iricorsi amministrativi*, 1937, pp. 127-8; ALESSI, RENATO, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffrè, 1949, p. 101.

⁹⁶ VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 168; PTN, *Dictámenes*, 53: 275, 280 y otros. Para el carácter administrativo y no jurisdiccional de la actividad que realiza la administración, ver DE LA RÚA, FERNANDO, *Jurisdicción y administración*, Buenos Aires, Lerner, 1979 y sus remisiones; *supra*, t. 1, cap. IX, § 7 y ss.; IBAÑEZ FROCHAM, MANUEL, *La jurisdicción*, Buenos Aires, Astrea, 1972, p. 135 y ss.

⁹⁷ VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, 2ª ed. p. 130; FLEINER, FRITZ, *Les principes généraux du droit administratif allémand*, París, 1933, p. 148.

⁹⁸ ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, vol. I/1, Madrid, Tecnos, 1998, 12ª ed., p. 278 y sus referencias de la nota 11. Ver *infra*, notas 100, 116, 123 y 125. Acerca de la procedencia del recurso de reconsideración contra un acto originario del Poder Ejecutivo, ver LLAPUR, SAID J., “Recurso de revocatoria contra actos originarios del Poder Ejecutivo en la Provincia de Jujuy,” *LLNOA*, 2005 (diciembre), p. 1359 y *Ley de procedimientos administrativos de la Provincia de Jujuy. Anotada y comentada*, Buenos Aires, Dunker, 2005, pp. 145 y ss.

⁹⁹ Se trata de un caso de incompetencia en razón del grado. Ampliar *supra*, t. 3, cap. VIII, “Objeto y competencia del acto administrativo,” § 11, “Competencia en razón del grado.”

posibilidad de hacer lugar, total o parcialmente, a lo solicitado por el peticionante; no tiene pues facultades para rechazar lo solicitado ni para de otra forma modificar de manera más gravosa el acto. Por ello las únicas facultades admisibles que tiene respecto de su acto son aquellas cuyo ejercicio resulte en beneficio del recurrente. De producirse la total aceptación de lo peticionado por el recurrente, esa decisión hace caer el recurso jerárquico, apelación, alzada, etc., por cuanto dejaría de existir interés actual del individuo; si la decisión se limita a revocar parcialmente el acto o hacer lugar parcialmente a lo solicitado, ella debe ser notificada al particular y éste decidirá en esa oportunidad si mantiene el recurso por los puntos o aspectos no comprendidos en la decisión, o si en cambio desiste del mismo con ese alcance. A su vez, si el acto no se encuentra firme porque además del recurso del interesado directo hay también un recurso opuesto de un contrainteresado, entonces la administración se encuentra facultada para decidir *ex novo*. Es el resultado de la aplicación del principio de contradicción.¹⁰⁰

13. *Revocación de los actos de los inferiores, impugnados jerárquicamente*

Como corolario de lo anterior, se sigue que un funcionario de jerarquía intermedia entre aquél que dictó el acto impugnado y aquél a quien toque resolverlo en definitiva, tiene también facultades de revocación o modificación sobre el acto del inferior,¹⁰¹ manteniéndose desde luego la vigencia del principio de la prohibición de la *reformatio in pejus*. Así entonces si un acto de un director nacional es impugnado ante el ministro mediante recursos jerárquicos, el secretario de Estado, autoridad intermedia en la escala jerárquica, tiene facultades para hacer lugar a lo solicitado por el recurrente, pero no para rechazarlo. Todo lo que estamos exponiendo, desde luego, se refiere solamente al caso en que hay un interesado en la revocación del acto y no existen contra interesados a quienes el acto impugnado beneficie.

El fundamento de esta solución intermedia reside en que las facultades del funcionario (inferior o intermedio) para revocar el acto se derivan del control de legitimidad que tiene sobre sus propios actos o los de sus inferiores. Este principio se aplica sólo en los casos en que hay relación de jerarquía entre el funcionario intermedio y el autor del acto impugnado; de lo contrario tal control de legitimidad no existe. Así p. ej., las decisiones de entidades autárquicas y otros entes descentralizados impugnadas por recursos de alzada ante el ministro del ramo, no pueden ser revocadas por razones de ilegitimidad por un secretario de Estado

¹⁰⁰ Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, cap. XXII, IV, § 1, “El carácter contradictorio del procedimiento administrativo,” p. 473 y ss., y XXIII, III, § 3-C, p. 546, que transcribimos *infra*, respecto a la *reformatio in pejus*; Brasil, art. 2°. Ver *infra*, cap. III, § 1.2, “Cargo del administrado y privilegio incausado de la administración. Valladar para el acceso a la justicia” y referencias contrarias de la nota en p. 3; *supra*, t. 2, cap. IX, § 9, “Enumeración de los principios,” § 9.2, “Los grandes principios formadores: debido proceso, informalismo, contradicción, imparcialidad” y § 12, “Principios de contradicción.”

¹⁰¹ CAMMEO, *op. cit.*, p. 667; CAJARVILLE PELUFFO, *op. cit.*, p. 97.

o director nacional, pues estos carecen de supremacía sobre aquéllas.¹⁰² La posible revocación del acto impugnado por quien no tiene competencia para resolver el recurso *stricto sensu*, pero sí supremacía jerárquica sobre el autor del acto dentro de la administración central, se funda en dicha jerarquía pero no en el recurso mismo. Formalmente, no implica decisión del recurso; por eso, no puede rechazar la petición. Rechazar el reclamo implicaría decidir el recurso; revocar el acto no lo es necesariamente, ya que puede también suponer mero control de legitimidad.

14. *Revocación del propio acto luego de resuelto el recurso jerárquico por el superior*

14.1. *Admisión del recurso*

Si el superior jerárquico del funcionario que dictó el acto impugnado resuelve hacer lugar al recurso y modifica, sustituye o extingue de cualquier manera el acto recurrido, no podría luego el inferior revocar su acto o adoptar una decisión que importara un apartamiento o modificación de lo ya resuelto por el superior. En otras palabras, el inferior carece ya de competencia para decidir nuevamente la cuestión por iguales motivos.¹⁰³ Se sostiene en cambio que sí podría hacerlo por motivos diversos de los tenidos en cuenta por el superior,¹⁰⁴ pero nos parece que esto es limitar en demasía el efecto de la decisión del recurso, ya que no habría seguridad para el recurrente de las resoluciones adoptadas en los recursos por él interpuestos.

14.2. *Rechazo del recurso por razones formales*

Si el superior resuelve no hacer lugar al recurso por razones simplemente formales, tales como haber sido presentado fuera de término, no tratarse de un acto impugnabile, etc., entendemos que el inferior jerárquico mantiene sin duda su competencia para decidir sobre la cuestión y puede por ende revocar el acto siempre que no se altere la estabilidad del acto administrativo; es decir, siempre que la revocación total o parcial beneficie al interesado.¹⁰⁵

14.3. *Rechazo de la denuncia de ilegitimidad*

En el caso anterior, si el superior jerárquico rechaza el recurso formalmente improcedente pero lo considera como denuncia de ilegitimidad lo que en principio

¹⁰² PTN, *Dictámenes*, 75: 294 y otros, solución anterior a 1972 que está en progresivo decaimiento, según explicamos *infra*, cap. XI, en cuanto a la improcedencia del control central, rezago de cesarismo, sino del control judicial directo. Respecto a esto último aunque en materia diversa ver BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Elementos de direito administrativo*, San Pablo, 1999, 11ª ed., p. 28, nota 4.

¹⁰³ FLEINER, *op. cit.*, p. 148; ALESSI, *op. cit.*, t. I, p. 93; ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, Giuffrè, 1958, p. 74.

¹⁰⁴ CAMMEO, *op. cit.*, p. 668 y los autores citados en la nota precedente.

¹⁰⁵ Ver arts. 17 y 18 del decreto-ley 19.549/72, que explicamos *supra*, t. 3, cap. VI.

es su obligación y resuelve rechazarla, pensamos que la solución no varía. En efecto, de hecho el juzgamiento de la ilegitimidad del acto recurrido nunca será tan exhaustivo en el rechazo del superior como puede serlo el del inferior en la admisión tardía. El mero rechazo de una denuncia de ilegitimidad no tiene la misma profundidad de análisis que significa una doble decisión del inferior. La primera, resolviendo en determinado sentido y la segunda, modificando ese criterio luego de fracasada la impugnación jerárquica contra la primera resolución. Lo excepcional de tal situación —raras veces un funcionario estará dispuesto a asumir una actitud de esta índole— hace desaparecer cualquier temor a una violación del principio de la jerarquía o de la unidad administrativa. Por último, si realmente se encuentra un vicio en el acto, p. ej. un vicio que determina su nulidad y la revisión del acto implica hacer lugar a lo peticionado, la solución indicada hace restablecer el orden *jurídico* violado, lo que nos parece un valor superior al de un posible orden jerárquico transgredido al así proceder.

14.4. *Rechazo del recurso*

Por último ¿cuál habrá de ser el criterio a aplicar frente a un recurso jerárquico, de apelación o de alzada, que es admitido formalmente pero rechazado en cuanto al fondo? ¿Mantiene en tal caso el inferior la facultad de revocar su propio acto no obstante la decisión del superior? La doctrina resuelve la cuestión en sentido afirmativo¹⁰⁶ y si bien es quizá un caso más dudoso que los dos anteriores que acabamos de explicar, estimamos que las mismas razones son aplicables para resolverlo de igual manera. Se ha expresado en tal sentido que en realidad el acto que rechaza el recurso no es una confirmación del acto impugnado, sino simplemente una desestimación del recurso, “en el sentido que la autoridad decidente del recurso declara que los motivos por los cuales el acto había sido impugnado no son fundados, pero no (es) ya una confirmación de que el acto impugnado es legítimo y oportuno [...] la decisión desestimatoria del recurso, es pura y simplemente una decisión desestimatoria del recurso, es decir no es una confirmación del acto administrativo.”¹⁰⁷ No tiene sentido ponerse a defender la jerarquía administrativa, como si ésta estuviera en peligro. El defecto por el que peca la administración pública no es que los subordinados se apresuren y entrometan a tomar decisiones y asuman responsabilidades que podrían dejar a sus superiores,

¹⁰⁶ FLEINER, *op. cit.*, p. 148, ALESSI, *op. cit.*, pp. 92-3; BODDA, PIETRO, *Giustizia amministrativa*, Turín, 1963, p. 47; GIANNINI, M. S., *La giustizia amministrativa*, Roma, Sapi, 1966, pp. 55-7.

¹⁰⁷ GIANNINI, *op. cit.*, p. 55. “La consecuencia práctica de esta opinión es [...] que la autoridad administrativa conserva el poder de anular el acto administrativo que haya sido impugnado con recurso jerárquico [...] aun por motivos que hubieran sido deducidos en el recurso rechazado” (*op. loc. cit.*); GIANNINI no habla de acto administrativo sino de “providimento amministrativo,” al que distingue del “atto amministrativo,” como una de sus especies (pp. 14-5.); igual distinción efectúa, entre otros, VIRGA, PIETRO, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1999, 5ª ed. act., t. 2, *Atti e ricorsi*, pp. 5-6. Ver GIANNINI, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffrè, 1970, p. 543 y ss. y t. II, p. 813 y ss.

sino precisamente al contrario. Todo lo quieren remitir a “la superioridad.” “Un ente metafísico omnisciente protector que parece flotar en el aire y no es un ser humano.”¹⁰⁸ No es necesario, por ello, proteger un orden jerárquico supuestamente lesionado por funcionarios inferiores que continuamente contrariarían supuestas decisiones de sus superiores.¹⁰⁹ Si bien se piensa, solamente cuando la gravedad del vicio se le haga al autor del acto muy manifiesta (o cuando las circunstancias de hecho varíen de forma completamente clara), considerará oportuno modificar su acto a pesar del rechazo del recurso interpuesto por el particular. Por ello consideramos acertado el principio afirmativo de la competencia del inferior para revocar su propio acto a pesar del rechazo del recurso por el superior, tal como lo enuncia la doctrina;¹¹⁰ se deja a salvo, claro está, lo expresado respecto al caso en que el superior modifica, sustituye, etc., el acto administrativo.¹¹¹

15. Decisión del recurso. Inadmisibilidad de la reformatio in pejus

La decisión del recurso es ante todo un deber del funcionario y como tal lo volvemos a tratar.¹¹² Ahora nos referiremos a dicha decisión con especial referencia a la amplitud de las *facultades* con que cuenta el funcionario que va a dictarla. El funcionario con competencia para decidir el recurso tiene facultades para corregir los *fundamentos* de derecho dados por las partes y para darles la correcta calificación que corresponda a los recursos; también para decidir *cuestiones no propuestas* por las partes, pero que surgen del expediente. En este sentido no es aplicable el criterio judicial que prohíbe decidir *ultra petitem*.¹¹³ Puede también revocarlo, modificarlo o sustituirlo a favor del recurrente.¹¹⁴ Sin embargo, no puede modificar la parte o aspectos no impugnados del acto, en la medida en que tales aspectos del mismo hayan concedido *derechos* al recurrente o a terceros y haya estabilidad del acto administrativo,¹¹⁵ pues tales partes del acto están firmes y son

¹⁰⁸ DEAN ACHESON, en *Administrative Procedure*, audiencias en S. 674, S. 675 y S. 918, celebradas ante el Subcomité del Comité Senatorial sobre Asuntos Judiciales, 77mo. Congreso, sesión 1ra., (1941), en pp. 807 y 816, transcripto en SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1991, 3ª ed., p. 419; antes también SCHWARTZ, *op. cit.*, Boston, 1976, 1ª ed., p. 378. Es la misma reflexión que hacemos sobre el interés público en el tomo 2, cap. VI, § 5.1: “Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis*, *Everything and Nothing*.”

¹⁰⁹ Hay una doble debilidad: del particular frente al funcionario y de éste frente a sus superiores: REAL, *op. cit.*, p. 274; BIELSA, *La función pública*, Buenos Aires, Depalma, 1960, p. 1. Claro está aque no todos los particulares están en igualdad de situación ante el funcionario, dependiendo de su tamaño, relaciones con el poder de turno, etc.

¹¹⁰ Ver las referencias de la nota 107.

¹¹¹ Ver *supra*, § 14.1, “Admisión del recurso.”

¹¹² Ver *infra*, § 20, “Decidir expresamente todas las peticiones.”

¹¹³ GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 150-2; *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 545 y 2ª ed., pp. 569-70; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 154. El acto debe resolver “todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos:” art. 7º, inc. c) del decreto-ley.

¹¹⁴ Reglamento nacional, art. 82; decreto-ley 19.549/72, arts. 17 y ss.

¹¹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 12; *Manual...*, 1ª ed., p. 545; 2ª ed., p. 570.

así irrevisables de oficio y al no cuestionarlos el particular, no pueden tampoco dar lugar a la revisión en base al recurso.¹¹⁶

Esta solución de nuestro derecho es similar a la dada por el derecho italiano frente al problema de si el órgano que debe decidir el recurso encuentra vicios de ilegitimidad que no han sido aducidos por el recurrente: Se dice que en cuanto decisión del recurso, sólo puede tomar en cuenta los motivos en él aducidos pero que por control de oficio puede también, si quiere, extinguir el acto por motivos no señalados en el recurso. La diferencia radicaría, en el derecho italiano, en que el órgano está obligado a extinguir el acto si él resulta ilegítimo en virtud de las impugnaciones, pero que en cambio es discrecional tomar en cuenta o no otros vicios que pueda encontrar la administración en el acto impugnado. De cualquier manera es aplicable la prohibición de *reformatio in pejus*.¹¹⁷

Esta fue inicialmente la posición de la Procuración del Tesoro de la Nación con relación a la aplicación de multas administrativas de naturaleza penal, por aplicación de principios derivados del derecho penal y la corriente doctrinaria que veda la admisibilidad de la *reformatio in pejus* en toda clase de procedimientos administrativos.¹¹⁸ Posteriormente¹¹⁹ la extendió a la materia disciplinaria. Con todo, es de señalar que existen opiniones en contrario.¹²⁰ Tampoco el derecho

¹¹⁶ Ver GIANNINI, *op. cit.*, p. 47. Entre nosotros, la autoridad administrativa está obligada a considerar todos los posibles vicios del acto, hayan sido o no aducidos por el recurrente; con la limitación de la cosa juzgada administrativa y de la inadmisibilidad de la *reformatio in pejus*, según ya vimos. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 152; *Manual...*, *op. loc. cit.*; ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 146. Comp. COMADIRA, *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 33; HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 352.

¹¹⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 152; *Manual...*, *op. loc. cit.*; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 729. PTN, *Dictámenes*, 143: 362; 151: 120; 175: 37; 175: 68. La legislación peruana prohíbe en los procesos administrativos iniciados a petición de parte, que la resolución pueda agravar la situación inicial del interesado (art. 187.2); Costa Rica, en cambio, prescribe que el recurso puede ser resuelto aún en perjuicio del recurrente cuando se trate de nulidad absoluta (art. 351.2): ampliar en BREWER-CARÍAS, *Principios...*, *op. cit.*, novena parte, secc. III, § 2, pp. 279-81. Asimismo, ver VILLARRUEL, MARÍA SUSANA, "Una aproximación a la *reformatio in pejus* en el procedimiento administrativo," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, pp. 183-9.

¹¹⁸ PTN, *Dictámenes*, 143: 362; 151: 120.

¹¹⁹ PTN, *Dictámenes*, 175: 37.

¹²⁰ HUTCHINSON, *Ley nacional...*, *op. cit.*, t. II, pp. 350-9, excepto las sanciones administrativas o en el caso de las infracciones, "atendiendo a la naturaleza «penal» de estas cuestiones." La argumentación de HUTCHINSON a este respecto —que no compartimos— se basa en la obligación impuesta al órgano administrativo de decidir todas las peticiones formuladas (art. 7°, inc. c), decreto-ley 19.549/72); y, respecto del acto nulo, la facultad de revocación o sustitución por razones de ilegitimidad en sede administrativa (art. 17 del decreto-ley), postulando una equiparación entre las facultades revocatorias de la administración del acto nulo de oficio y las que posee el órgano que debe resolver un recurso administrativo, de colaborador de la administración y de partícipe con ella en la defensa del interés público. COMADIRA, por su parte, justifica la admisión de la *reformatio in pejus*, en "la posibilidad de incluir como objeto del acto administrativo a cuestiones no propuestas por los interesados —en tanto derivación de la jurisdicción como principio ordenador del accionar administrativo y de la verdad jurídica objetiva como télesis inspiradora de la actividad instructoria—" *Procedimientos...*, *op. cit.*, comentario al art. 1°, § 2.2, p. 53; *Derecho administrativo. Acto...*, *op. cit.*, cap. V, § 3.2, p. 134.

comparado es uniforme.¹²¹ De tal modo, la decisión del recurso no podría reconocer menos al recurrente que lo que le reconocía el acto impugnado cuando él tuviera estabilidad o “cosa juzgada administrativa,” pues las facultades de la administración para volver sobre esos actos sólo existe en la medida en que con ello se beneficia el particular,¹²² salvo casos de nulidad absoluta.¹²³ También cabe señalar que la posibilidad de que se produzca la *reformatio in pejus* en un procedimiento administrativo es peligrosa, porque puede ser usada como un medio de coaccionar indirectamente a los administrados para no interponer recursos contra sus actos. Hay así, en efecto, una amenaza actual o virtual de empeorar aun más la situación jurídica en que se los ha colocado en virtud del acto anterior. Por ello la doctrina llama “instrumento de coacción” a una facultad de tal índole que pudiera querer reconocérsele a la administración.¹²⁴ Un arma tan formidable frente al administrado¹²⁵ se vuelca también contra el interés público de que la administración no dicte ni mantenga actos administrativos ilegítimos.¹²⁶

El propio interés público en un Estado de Derecho, reflejado en el carácter objetivo del procedimiento administrativo, exige facilitar las vías de recurso y no crear las condiciones para que ellas no sean intentadas por temor de los interesados a sufrir consecuencias perjudiciales, que pueden revestir la naturaleza de un castigo o hasta de una persecución por el sólo hecho de haber recurrido.

¹²¹ A la inversa del derecho argentino y comparado, parte de la doctrina en el derecho uruguayo admite la modificación del acto por razones de ilegitimidad, con la misma extensión de facultades con las cuales se lo pudo dictar, como sostiene CAJARVILLE PELUFFO, *op. cit.*, p. 102 y ss., quien aclara que rige en cambio el principio de la no *reformatio in pejus* si se trata de modificación por mérito, pp. 107-8 y notas 63 a 66. Por su parte BRITO, MARIANO, “Régimen disciplinario,” en el mismo libro recién citado, p. 148, niega la posibilidad de modificar el acto en perjuicio del sumariado, para darle p. ej. una sanción más severa, por el principio *non bis in idem*: el razonamiento ha de ser por cierto aplicable tanto al particular como al agente público. Ver en cambio las referencias opuestas de la nota 124, a que nos remitimos.

¹²² Así la CSJN en el caso *Redrado, JA*, 1954-II, 417; comp. *dictum* del mismo tribunal en *G.U., J.S., suc., ED*, 2: 10, año 1959; y la vieja jurisprudencia de *Fallos*, 194: 125, *Sabatto* y 194: 254, *Vivanco* (ambos de 1942.) En cuanto a la jurisprudencia y legislación *posterior* y demás caracteres y requisitos de la estabilidad del acto administrativo, ver *supra*, t. 3, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad,” § 5.3, “Funciona a favor, no en contra, del administrado.”

¹²³ Art. 17, d.l. 19.549: ver *supra*, t. 3, cap. VI, § 7, “El problema de la regularidad del acto.”

¹²⁴ GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, vol. III, Madrid, 1963, p. 122. En el mismo sentido señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t.II, *op. cit.*, cap. XXIII, III, § 3-C, p. 546, p. 548, que “La *reformatio in pejus* queda así formalmente proscripta, sin otra excepción posible que la existencia de recursos cruzados” o “interesados con pretensiones diferentes.”

¹²⁵ Esta aseveración, ya antigua en el derecho administrativo argentino y que venimos expresando hace décadas, se ve reforzada en épocas en que la administración, o al menos algunos de sus funcionarios políticos, son proclives a emplear las vías de hecho, las amenazas, etc., contra los particulares, sean ellos individuos o empresas. Es deber de la doctrina elaborar soluciones que coadyuven a prevenir ese estado de cosas, no a fomentarlo. La justicia hace mucho para encarrilar a la administración en el cumplimiento de la ley, pero no ha de olvidarse el rol coonestador que a veces desempeña la doctrina. Ver D'ARGENIO, INÉS A., “La manera más conveniente de administrar el país (II),” en *LL, Supl. Adm.*, mayo de 2010, pp. 1-4.

¹²⁶ Por lo demás, ya hemos explicado en el t. 2, cap. VI, al referirnos al interés público, que es una noción que es frecuentemente utilizada por la administración como una muletilla en beneficio propio o de los gobernantes de turno y no de la comunidad.

Por tales razones reiteramos que es inadmisibile la *reformatio in pejus* en materia de recursos administrativos,¹²⁷ respecto del propio recurrente. En cambio, habiendo un contrainterés¹²⁸ beneficiado por el acto que se impugna, la decisión del recurso puede perjudicarlo, ya que si no se pudiera revocar el acto, el recurso carecería de sentido.¹²⁹ Más compleja es la situación en caso de haber un *cointerés* que no tenga un interés exactamente coincidente. En este caso es necesario recurrir al concepto de parte principal y parte secundaria y reconocer la inadmisibilidad de la *reformatio in pejus* a la parte principal; solamente cedería este principio frente a una parte exactamente opuesta, pero no frente a lo que en el proceso pudiera ser considerado asistente, litisconsorte secundario, adherente, etc., aun no siendo su interés el mismo de la parte principal.

Por supuesto, todas estas complicaciones provienen de seguir aferrados al esquema clásico de una administración pública estructurada jerárquicamente, cuyos actos están sujetos por lo general a una revisión judicial extremadamente larga y, en tales supuestos, a la postre más teórica que práctica. Frente a esa diyuntiva y los problemas nunca bien resueltos de la *reformatio in pejus* en una administración jerárquica, siempre nos ha parecido mejor que el primer acto administrativo fuera emitido por una administración imparcial e independiente. Ello significa, en el modelo canadiense y de otros países, que el primer acto sea dictado por tribunales administrativos imparciales e independientes, sujetos a control judicial suficiente y adecuado.¹³⁰

¹²⁷ En sentido similar MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 729; BALBÍN, *op. cit.*, t. II, cap. XIX, § V, pp. 658-725; VILLARRUEL, MARÍA SUSANA, "Importancia de los principios generales del procedimiento administrativo. Diferencias con los principios que rigen los procesos administrativo y civil. La cuestión de la *reformatio in pejus*," en TAWIL, *op. cit.*, cap. VII, pp. 95-98; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, Plus Ultra, 1971, p. 399; DIEZ y HUTCHINSON, TOMÁS, *Manual de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, Plus Ultra, 1980, pp. 529-30; COZZI, ADALBERTO, comentario en revista *JUS*, La Plata, 1971, p. 166; PTN, *Dictámenes*, 143: 362; SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO, "¿Crisis definitiva de la *reformatio in pejus*?", *RAP*, 72: 129, Madrid, 1973; SAINZ MORENO, F., "La eliminación de la *reformatio in pejus* en los recursos administrativos," *R.E.D.A.*, 6, Madrid.

¹²⁸ Ver *supra*, t. 2, cap. IX, "El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales," § 12, "Principio de contradicción;" FERRAZ, SÉRGIO, *Assistência litisconsorcial no direito processual civil*, San Pablo, 1979, p. 20 y ss., p. 43 y ss., p. 51 y ss.

¹²⁹ Conf. BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, p. 240; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. II, cap. XXIII, III, 3, C, que en anteriores ediciones expresaba, en otra redacción: "En este caso, sin embargo, no hay *reformatio in pejus* propiamente dicha, sino estimación pura y simple del recurso interpuesto por los terceros, a quienes no afecta, por supuesto, el aquietamiento total o parcial del destinatario del acto impugnado." Comp., *supra*, t. 3, cap. VI, "Estabilidad e impugnabilidad," § 10.2, "La excepción cuando hay una ley que autorice la revocación..." Ver, para un supuesto diverso, DURAND, JULIO C., "La reducción de oficio de una multa firme por razones de oportunidad, mérito y conveniencia es un supuesto válido de modificación del acto a favor del administrado," en *RDA*, Buenos Aires, 2004, N° 48, pp. 508-12, esp. p. 510.

¹³⁰ "Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa", en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; "El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo," en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, México, 2003, pp. 19-32; "Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas," *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726.

IV. Deberes del administrador

16. *Facilitar la defensa del interesado*

Uno de los deberes del administrador es el respeto a la defensa de los administrados. Este respeto no ha de ser sólo negativo, sino también positivo. Se requiere así que el funcionario facilite al particular lo conducente a su adecuada defensa:

16.1. Un leal conocimiento de las actuaciones. No se debe ni puede restringir u obstaculizar el derecho a tomar vista y copia de las actuaciones, en cualquier estado de éstas, salvo disposición expresa de autoridad competente¹³¹ y siempre *antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo*.¹³² A pesar de la expresa exigencia legal, la administración no siempre lo cumple: sólo a veces lo sanciona la justicia.¹³³ No es así el derecho europeo.¹³⁴

16.2. La presentación de escritos alegando sobre sus derechos, en cualquier etapa del procedimiento: *antes* de iniciarse el procedimiento,¹³⁵ o durante el mismo, en ocasión de dictámenes, informes, etc., o luego de su decisión.¹³⁶ El funcionario no puede bajo ninguna circunstancia dificultar al administrado el ejercicio de derechos que requieran una manifestación de voluntad: efectuar la reserva de intereses que prescribe el art. 624 del CC, en el mismo certificado por que se le paga; o reservas de cualquier otro tipo en los certificados, recibos o “conformes” que se le solicita firmar. Al recibir un vehículo que fuera retirado de la vía pública, no puede limitársele el derecho a efectuar reservas en el texto del recibo, etc.

16.3. El ofrecimiento de la prueba que considere necesaria y su producción. Art. 1º, inc. f), ap. 2º: “Derecho a ofrecer y producir pruebas. De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración

¹³¹ Ver las normas que se indican en la nota siguiente. Además, JCA N°1 La Plata, *G.J.L. c. Poder Ejecutivo y otros*, 28-VI-04, con nota de ALETTI, “La burocracia no es defensa: de la obviedad al absurdo,” *LL*, 2004-E, 522.

¹³² Art. 1º, inc. f) del DL y art. 38 del RN. Es también una obligación que le impone el art. 2º inc. e) *in fine* de la ley 25.188. Ver también *infra*, cap. IV; LLAPUR, *Ley de Procedimientos administrativos...*, *op. cit.*, pp. 31 y ss.; “En torno al acceso a las actuaciones administrativas por parte de los administrados en general y de los abogados y procuradores en la provincia de Jujuy,” *LL*, 2004-F, 1522.

¹³³ Pueden verse CNFed. CA, Sala III, *Federación Sindicatos U.P. del E.*, 4-V-01, sobre vista en un expediente que tramitaba por ante la administración tributaria; de la misma Sala, *CPACF*, 3-XII-03, sobre vista mas al sólo efecto de acceder a la información que se hallaba en el expediente.

¹³⁴ Así los casos *Transocean Marine Paint Association* (1974) y *Hauptzollamt München-Mitte* (1999): CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 317.

¹³⁵ Art. 1º, inc. f), ap. 1º: “Derecho a ser oído. De exponer las razones de sus pretensiones y defensas *antes* de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente.”

¹³⁶ Comp. HUTCHINSON, *Ley nacional...*, *op. cit.*, t. II, p. 338, pp. 438-9, quien limita la vigencia la facultad de ampliar la fundamentación de los recursos deducidos en término. Entendemos por nuestra parte que esta interpretación es excesivamente rigurosa y desvirtúa sin suficiente fundamento el principio general establecido en el art. 77.

fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que debe producirse, *debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios* para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio.” El funcionario debe facilitar al administrado el control de la prueba realizada por la administración (pericias, mediciones, etc.), estar presente por sí o con técnicos, y hacer las observaciones y reservas que considere pertinentes; en el caso de testigos haciendo preguntas y repreguntas.

16.4. Otro de los deberes del administrador es el de proveer copias de las actuaciones a los que lo soliciten, a su costa. La ley de Costa Rica en su art. 272 dispone que “Las partes y sus representantes, y cualquier abogado, tendrán derecho en cualquier fase del procedimiento a examinar, leer y copiar cualquier pieza del expediente, así como a pedir certificación de la misma [...] El costo de las copias y certificaciones será de cuenta del peticionante;” en igual criterio la ley peruana señala que “Los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene [...] El pedido de acceso podrá hacerse verbalmente y se concede de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la unidad de recepción documental.”¹³⁷ En la práctica administrativa argentina, con buen criterio y a falta de norma expresa, suele entregarse *sin cargo* copia de las actuaciones a los interesados; solo cuando el material es relativamente voluminoso se efectúa el sistema, más complicado, de comisionar a un ordenanza para que lleve el expediente en mano y acompañe al interesado a una casa de fotocopias donde el agente público hace sacar las fotocopias y el particular abona el importe y las retira; de ese modo el expediente no sale en ningún momento de la custodia administrativa.¹³⁸ El principio de la necesaria

¹³⁷ Art. 160, incs. 1° y 2°, que con el art. 51 y 55 inc. 3° conforman un sistema integral; nuestro proyecto de 1964, arts. 255 y 335; art. 11 decreto-ley 7647/70. El mismo deber surge del art. 2° inc. e) *in fine* de la ley 25.188 de ética pública y del art. 10, anexo VII del decreto 1172/03. Ver también *infra*, cap. IV, § 7.2, “El derecho a obtener copias del expediente.” Ver BOTASSI, *Procedimiento...*, *op. cit.*, pp. 85 y ss.

¹³⁸ Ampliar *infra*, cap. IV, § 7.1, “El retiro del expediente en préstamo.” El art. 30 del RN prevé sin cargo la certificación de la documentación por el interesado, pero nada dice de la *gratuidad* de las fotocopias que debe dar. Las Provincias en que se permite el préstamo del expediente, p. ej. Corrientes, 271, tienen implícita la misma solución. Bolivia —art. 4°, inc. o)— y Brasil —art. 2°, inc. XI)— establecen la gratuidad entre los principios generales e incluyen el derecho de las personas a acceder a los archivos, registros públicos y documentos que obren en poder de la administración y a obtener certificados y copias legalizadas —Brasil, art. 3°, inc. 2°) y art. 46); Bolivia, arts. 16, inc. k) y 18. El derecho administrativo europeo tiene correctamente aclarado en *Transocean Marine Paint Association*, 1974, que los principios del *due process of law* no requieren de consagración legislativa para ser exigibles: CHITI, *op. cit.*, p. 317, que transcribe la opinión del Abogado General.

entrega de copias de lo actuado, con o sin cargo, tiene también aplicación en el caso de un testigo: él tiene derecho, al firmar la declaración que formula, a retirar copia de aquello que suscribe.

17. *Impulsar el trámite*

Otros de los deberes del funcionario es elevar a la superioridad los recursos que ante él se interpongan, incluso cuando adolezcan de fallas formales o él sea incompetente para resolver. También debe impulsar de oficio el procedimiento.¹³⁹ El art. 5º de la reglamentación le impone algunas modalidades para el desempeño de esas funciones: “El órgano competente dirigirá el procedimiento procurando:

a) Tramitar los expedientes según su orden y decidirlos a medida que vayan quedando en estado de resolver. La alteración del orden de tramitación y decisión sólo podrá disponerse mediante resolución fundada;

b) proveer en una sola resolución todos los trámites que, por su naturaleza, admitan su impulsión simultánea y concentrar en un mismo acto o audiencia todas las diligencias y medidas de prueba pertinentes;

c) señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos de que adolezca, ordenando que se subsanen de oficio o por el interesado dentro del plazo razonable que fije, disponiendo de la misma manera las diligencias que fueren necesarias para evitar nulidades.”

Estas normas y otras que surgen del sistema instaurado confirman el principio que es universal en todo procedimiento administrativo: que el administrador tiene el deber de asegurar “más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento,”¹⁴⁰ de modo tal que el agente público interviniente colabore al progreso y conclusión del procedimiento y no a la inversa, pues “El procedimiento administrativo no ha sido ciertamente concebido por el legislador como una carrera de obstáculos cuya superación sea requisito necesario para la adopción de la resolución final.”¹⁴¹ El administrador es así el guardián y responsable del cumplimiento del principio *pro actione*, conforme al cual debe asegurarse, por razones de interés público, el ejercicio del derecho de accionar y recurrir de los individuos.¹⁴²

18. *Requerir y brindar directamente informes a otras reparticiones*

Por aplicación del principio de la verdad material, de la impulsión e instrucción de oficio y de la celeridad en los trámites (art. 1º, incs. a) y b) del decreto-ley),¹⁴³ el art. 14 de la reglamentación nacional establece una obligación fundamental para

¹³⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 298 y ss.; 2ª ed., p. 306 y ss.

¹⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. II, op. cit., cap. XXII, IV, 3, p. 477.

¹⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, op. loc. cit.

¹⁴² Tribunal Supremo español, 16-XI-1970; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, op. loc. cit.

¹⁴³ Ver *supra*, t. 2, cap. IX, § 15, “Principio de la oficialidad.”

todo órgano administrativo: “Si para sustanciar las actuaciones se necesitaren datos o informes de terceros o de otros órganos administrativos, se los deberá¹⁴⁴ solicitar directamente o mediante oficio, de lo que se dejará constancia en el expediente. A tales efectos, las dependencias de la Administración, cualquiera sea su situación jerárquica, quedan obligadas a prestar su colaboración permanente y recíproca.” Los principios que emanan de estas normas son los siguientes:

18.1. Existe la obligación, no solamente la facultad, de pedir los informes: ello, por aplicación del inciso a), art. 1° del decreto-ley, que desde luego tiene primacía por sobre la imprecisión reglamentaria.

18.2. Existe igualmente la obligación, muy categórica en la reglamentación, de contestar el informe solicitado, realizando las averiguaciones necesarias al efecto con la diligencia del caso.

18.3. Esta obligación alcanza a todo funcionario público, cualquiera sea la escala jerárquica del solicitante y del requerido y sin importar el grado ni la repartición de que se trate; rige tanto para las dependencias de *distintos* ministerios o secretarías de Estado, entes autárquicos, empresas del Estado y demás entidades descentralizadas del Estado nacional, sino también como obligación de la administración nacional frente a similares requerimientos de las administraciones provinciales o municipales.¹⁴⁵

18.4. No se requiere por lo tanto “seguir la escala jerárquica,” en la cual y como lo señala VIVANCOS cada oficina interviene al sólo efecto de escribir un papel, agregando papeles tras papeles con total desgaste administrativo y grave perjuicio al administrado, bajo el falso argumento de querer “respetar” las jerarquías o no “puentear” a nadie.¹⁴⁶ La obligación es clara, en cuanto a que se debe requerir el informe en forma *directa*, el funcionario que lo solicita al funcionario que lo puede proporcionar, sin inútiles y virtuales “gestores” o “intermediarios” de la propia administración para seguir la vía jerárquica superior. La intermediación, tan criticada a veces en el plano privado, debe así también quedar eliminada de las prácticas burocráticas por imperio de esta norma.¹⁴⁷

18.5. No se requiere solicitud *escrita*: a) puede hacérselo en forma *verbal* y personal, b) *telefónicamente*, con constancia en el expediente. La norma expresa, en efecto, que el requerimiento deberá hacerse “*directamente* o mediante oficio.”

¹⁴⁴ En su primera redacción decía “podrá.” El cambio coincide con el principio de instrucción que guía el procedimiento y habíamos sugerido en la anterior edición. Ver *supra*, t. 2, cap. IX, § 15, “Principio de la oficialidad.”

¹⁴⁵ Esta clase de asistencia también se halla en la legislación alemana: § 4 a § 8.

¹⁴⁶ El mismo principio, común en el moderno derecho administrativo, se halla también claramente expresado en la ley de Perú, art. 28, incs. 1-4. O sea que no se manda el expediente original, como es la práctica burocrática, sino *copia*; por lo demás, esta norma también se aplica a las comunicaciones con otras entidades estatales o privadas, como señala BACACORZO, *op. cit.*, comentario al art. 79, pp. 142-3.

¹⁴⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 301 y 2ª ed., p. 309.

18.6. En caso de requerirse el informe por vía escrita, no se requiere dictar un acto expreso de carácter formal. Basta el envío de un oficio, carta, telegrama, nota, memo, telex, etc.¹⁴⁸ La palabra “oficio” que la reglamentación emplea debe entenderse nada más que como un tributo al formalismo verbal de que a veces adolece la administración o la profesión de los abogados. Pero de un simple desliz de lenguaje o inocente y superfluo tributo verbal a los usos y costumbres del lenguaje forense, sería impropio a nuestro juicio sacar la conclusión de que el pedido de informes debe reunir formalidad determinada, como p. ej. la de un oficio *judicial*. Una simple nota es más que suficiente al efecto: se trata entonces de un oficio *administrativo*.

18.7. El informalismo,¹⁴⁹ en cuanto al medio por el cual se requiere el informe, no significa que no se deba explicitar al destinatario del requerimiento, al menos con referencia a qué expediente y qué asunto se pide la información, más lo obvio de fechar y firmar la nota, indicar quién la pide y de qué organismo se trata, etc.

18.8. Es fundamental, por fin, destacar especialmente que el pedido de informes, averiguaciones, etc., a otras reparticiones, debe hacerse *sin remitir el expediente*. El expediente debe mantenerse en la repartición en que se está tramitando, desde donde se continuará la dirección del procedimiento, se insistirá en su caso en el pedido (dejando nueva constancia en el expediente) y si así correspondiere se prescindirá finalmente del informe si éste no es contestado. O, por fin, se pondrá el hecho en conocimiento de la superioridad a fin de que ésta recabe por la vía jerárquica formal, al funcionario remiso en cumplir con su obligación, el cumplimiento de su deber bajo el apercibimiento implícito de aplicarle sanciones disciplinarias en caso de persistir en el incumplimiento de su deber. Este principio de economía, de no remitir el expediente para sustanciar pedidos de informes a otras reparticiones, estuvo en su momento reafirmado por la última parte del art. 14 del reglamento, en esa parte hoy derogado: “El expediente sólo podrá remitirse a otros organismos administrativos, siempre que les corresponda dictaminar.” No obstante, rige de todas maneras el principio legal de la economía y simplicidad del trámite, por lo que el expediente no puede por ningún motivo enviarse sino a las asesorías letradas de las reparticiones y a la Procuración del Tesoro. Esta norma también agregaba “o lo requiera *indispensablemente* el procedimiento,” lo que marcaba el carácter excepcional del envío del expediente. Ahora la frase ha sido suprimida, lo que enfatiza más la solución. Remitir el expediente a quien no corresponda constituirá entonces un

¹⁴⁸ Es fundamental recordar, en todos los supuestos, los principios generales del procedimiento administrativo (t. 2, cap. IX), los cuales son parte del sistema general del derecho. Para el caso del correo electrónico (*e-mail*) ver *infra*, cap. III, “Los recursos administrativos,” § 9, “Presentación por telegrama o carta documento” y *supra*, t. 3, cap. X, “Formalidades,” § 8.6, “El correo electrónico sin firma.”

¹⁴⁹ Ver t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales.” ALETTI, DANIELA, “Avances y reformas en los derechos del consumidor desde el rol del daño,” *op. cit.*

irregular cumplimiento de las funciones. Los daños que esto suele producir a los particulares, por las demoras que ocasiona y la posible pérdida del expediente que puede así acaecer, no deben tampoco dejar de apreciarse al respecto,¹⁵⁰ conjuntamente con la lesión al principio de los incisos a) y b), especialmente este último, del art. 1° del decreto-ley 19.549/72.

En el sentido indicado, deben ser evaluados positivamente, al menos en el plano de los propósitos, los arts. 17 y 18 del decreto 1883/91. El primero de ellos, a) al prohibir la formación de los denominados “correspondes” —práctica administrativa consistente en la agregación de una carátula a escritos que circulaban independientemente del principal, vinculándolos a aquél, pero que frecuentemente no eran tenidos en cuenta al resolver, al no hallarse agregados al expediente—, b) al requerir la estricta observancia del título II “De los expedientes” del reglamento y c) establecer para el supuesto de inobservancia de lo dispuesto en él, la aplicación de sanciones. El segundo, al prohibir expresamente el “pase” de las actuaciones y requerir la emisión de opinión de otras reparticiones o jurisdicciones por nota, excepción hecha de los dictámenes jurídicos, tienden a desterrar viejas y perjudiciales costumbres administrativas. Aunque ciertamente las normas pre-existentes al decreto en cuestión ya excluían tales prácticas, estas enfáticas disposiciones no han podido menos que ser tenidas en cuenta por los empleados y funcionarios de la administración, centralizada y descentralizada, necesitados de un lenguaje enérgico, para desterrar estos viejos hábitos que le dificultan el acceso a la información al sentenciante, en la etapa de revisión judicial.

19. *Producir la prueba*

Esta obligación es una consecuencia natural del principio de la impulsión de oficio e instrucción y no se desliga la administración de su responsabilidad porque el particular haya sido renuente en aportar la prueba que hace a su derecho. Paralelamente, el administrador debe también atender al gobierno de la prueba, y realizar las medidas probatorias con la pertinente citación previa y control concomitante del recurrente y demás interesados.¹⁵¹ Expresan en estos aspectos GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ que “el órgano administrativo está específicamente obligado a desarrollar, incluso de oficio, es decir, sin que medie petición al respecto de los interesados, todos los actos de instrucción (y, por consiguiente, todas las actividades probatorias) que se consideren adecuados.”¹⁵² En efecto, en modo alguno ha de ser el administrador “un simple espectador” de la actividad

¹⁵⁰ Ver *infra*, § 32, “Caracteres de la responsabilidad civil. Remisión,” y 33, “Importancia práctica de la responsabilidad civil del funcionario,” y t. 2, caps. XIX y XX; CNFed. CA, Sala III, *Tarnopol-sky*, LL, 1996-C, 439, con nota “In memoriam,” reproducida en *Cien notas de Agustín*, op. cit., § 35, p. 100; “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, ECA, 2001, p. 361 y ss.; cap. IX de *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2006. Ver en cambio el cap. XXI de la 10ª ed. del t. 2, “La responsabilidad del Estado en la práctica.”

¹⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. II, op. cit., cap. XXII, § IV-1, p. 473 y ss., destacan la necesaria participación activa del interesado en la práctica de las pruebas producidas, como consecuencia necesaria del carácter contradictorio que es de esencia al procedimiento.

¹⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. II, op. cit., 1980, 2ª ed., cap. XXII, pp. 401 y 459 de la actual, con modificaciones, cap. XXII, § IV-4. Hemos preferido la redacción anterior, cuyo espíritu no se debilita sino que se fortalece en la edición actual.

procesal de las partes,¹⁵³ como puede serlo el juez, sino que debe ser parte activa en la dilucidación de la verdad material y su adecuada acreditación en el expediente.¹⁵⁴ A igual conclusión lleva el principio de la instrucción.¹⁵⁵

20. *Decidir expresamente todas*¹⁵⁶ *las peticiones*

En el moderno Estado de Derecho es un principio fundamental que se decidan expresamente todas las peticiones (recursos, reclamaciones, denuncias, simples peticiones) de los administrados;¹⁵⁷ no hace falta mayor fundamento para señalar que esto es también parte de la garantía de defensa y así lo reconoce explícitamente el decreto-ley de procedimiento administrativo.¹⁵⁸ La obligación existe aunque la ley haya previsto la denegación tácita,¹⁵⁹ o no haya norma. Su incumplimiento le origina responsabilidad civil¹⁶⁰ respecto al administrado. El particular tiene pues el claro *derecho a la decisión del recurso o pretensión*,¹⁶¹ cualquiera sea el contenido que dicha decisión deba tener. Lo mismo ocurre con

¹⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. II, *op. cit.*, p. 401. Agregan que la administración, “gestora del interés público, está obligada a desplegar por sí misma, *ex officio*, toda la actividad que sea necesaria para dar adecuada satisfacción a ese interés, sea cual sea la actitud, activa o pasiva, que puedan adoptar los particulares que hayan comparecido en el procedimiento.” *Op. cit.*, t. II, 12ª ed., 1ª ed. argentina, cap. XXII, § IV-4, p. 481. Por su parte, ANTHONY explica que en el Reino Unido el silencio de la administración puede ser impugnado judicialmente y la jurisprudencia está muy orientada a proteger al individuo frente a la mora administrativa: ANTHONY, GORDON, “Silencio administrativo y derecho público del Reino Unido,” *LL*, 2006-B, 1092.

¹⁵⁴ Ver *supra*, t. 2, cap. IX, § 15.6, “Principio de la verdad material.”

¹⁵⁵ Sobre tales temas nos remitimos a lo expuesto más adelante en los caps. VI, “Apertura a prueba. Medios de prueba” y VII, “Producción y valoración de la prueba.”

¹⁵⁶ Decreto-ley 19.549/72, art. 7º, inc. c); Colombia, art. 35; Costa Rica, art. 227.1; Honduras, art. 3.XVI y Venezuela, art. 62.

¹⁵⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, *op. cit.*, pp. 22-3; *Manual...*, *op. cit.*, 1ª ed., 545 y 2ª ed., p. 569; BREWER-CARIAS, *op. cit.*, p. 243 y ss.; GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, p. 111; REAL, *op. ult. cit.*, p. 285; COMADIRA, *Procedimientos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 7º y 8º, § 6.1.3.2, p. 199. Así también la jurisprudencia: SCBA, *Verchick, JA*, 2003-III, 244; *Laluk*, 16-VII-03; GORDILLO y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed., p. 64, nota 107.

¹⁵⁸ Art. 1º, inc. f) ap. 3º: “Derecho a una decisión fundada. Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.”

¹⁵⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 120; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 155 y ss.; BREWER-CARIAS, *op. cit.*, p. 245; GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 135; MARIENHOFF, t. 1, *op. cit.*, 1965, 1ª ed., p. 695, nota 411; 1995, 5ª ed., p. 753, nota 411; PRAT, t. III, vol. II, *op. cit.*, p. 129, “Esta obligación es exigible aun cuando el expediente se ha paralizado por causas imputables al interesado.” Acerca de la *denegatoria tácita* en la provincia de Jujuy, ver LLAPUR, *Ley...*, *op. cit.*, y “La denegatoria tácita y el amparo por mora de la administración,” *Actualidad en el derecho público*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002, 18/20: 267.

¹⁶⁰ Además de la responsabilidad penal y disciplinaria: CAMMEO, *op. cit.*, p. 663. Para la responsabilidad civil ver *supra*, t. 2, sec. V, “La responsabilidad por la violación de los derechos,” cap. XIX, “La responsabilidad civil de los funcionarios.”

¹⁶¹ CAMMEO, *op. cit.*, p. 662. Explica REAL, *op. cit.*, p. 285, que como corolario no pueden los agentes “invocar su propia omisión para alegar caducidades de plazos a partir de la decisión ficta (por el silencio) negándose a resolver y oponiendo a su vez la caducidad del plazo para interponer la acción de nulidad.”

las denuncias, a partir del decreto 229/00.¹⁶² Esta responsabilidad no soluciona el problema. En el mejor de los casos otorgará una cierta reparación pecuniaria por los perjuicios que la omisión le causare y tales perjuicios no serán siempre fácilmente demostrables en juicio. Una alternativa encomiable, que utilizan tanto magistrados federales¹⁶³ como provinciales en materia procesal administrativa, es imponer multas diarias *personales* al funcionario que omite cumplir con esta u otra obligación que la ley le imponga. Esta variante de las *astreintes* es absolutamente la mas eficaz, en tanto fije montos que no sean desproporcionados a los ingresos del funcionario renuente. En la actualidad se aplican multas personales, que han quedado firmes, del orden de los 50 pesos diarios.¹⁶⁴ Esto ha bastado para que los funcionarios cumplan de inmediato con su obligación. En todo caso, en el supuesto de incumplimiento del funcionario a su deber de decidir los recursos, el particular puede asimismo interponer judicialmente un amparo por mora de la administración;¹⁶⁵ ello en forma independientes a las *astreintes* que se hubieren fijado o se fijaren en el futuro en su caso. Al darse traslado de la demanda, generalmente la administración contesta el amparo adjuntando copia antedatada de la decisión.¹⁶⁶ También puede el particular, ante el continuado silencio,¹⁶⁷ luego de intimar a resolver, considerar denegado el recurso con la consiguiente facultad de ejercitar los recursos ulteriores.¹⁶⁸ La cuestión se halla también encarada por el amparo por mora creado en el art. 28 del decreto-ley, a través del cual el tribunal puede ordenar al funcionario que resuelva en el plazo que le fije al efecto, bajo apercibimiento de *astreintes*.

21. Caracteres y requisitos que debe reunir la decisión

21.1. Requisitos previos de validez

El procedimiento tiene una serie de recaudos legales que luego se transforman en requisitos de validez de la decisión que se adopte.¹⁶⁹

¹⁶² El cual dice en su art. 3º, inc. i): “DERECHO a que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o denuncias.” Ver también en la Prov. de Buenos Aires la Carta de Compromiso Provincial, decreto 47/03 (B.O., 13-XII-03.)

¹⁶³ El párrafo tercero del art. 195 del CPCCN es manifiestamente inconstitucional, tal como lo ha resuelto con toda claridad el Juez Dr. OSVALDO GUGLIELMINO, JFed. CA N°4, con fecha 24-IV-03, *in re D’Ormea*. Ver, del mismo autor, “Medidas cautelares contra la administración,” *Actualidad en el Derecho Público*, 13: 78-105, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.

¹⁶⁴ Esta es la práctica de algunos juzgados de la provincia de Buenos Aires, como p. ej. el Juzgado n° 1 de la plata, Dr. LUIS FEDERICO ARIAS.

¹⁶⁵ Ver *infra*, cap. XIII, “Queja y amparo por mora.”

¹⁶⁶ Cien..., *op. cit.*, § 57, “Antedatar sin costas,” p. 135, *Bonfiglio, LL*, 1997-B, 405, año 1996.

¹⁶⁷ Ver *supra*, t. 3, cap. III, “La distinción entre acto y hecho administrativo,” § 3, “Objeciones a la distinción entre actos y hechos. El silencio de la administración: introducción.”

¹⁶⁸ CAMMEO, *op. cit.*, p. 662. En la actualidad ver GIANNINI, *La giustizia amministrativa, op. cit.*, p. 50; *Diritto amministrativo, op. cit.*, t. II, p. 1065.

¹⁶⁹ Ver *supra*, t. 3, caps. VIII, “Objeto y competencia del acto administrativo” a XI, “Sistema de nulidades del acto administrativo.”

21.1.1. Audiencia¹⁷⁰

Entre tales recaudos son fundamentales los referidos a la audiencia¹⁷¹ y prueba del interesado, que están detallados en los aps. 1º), 2º) y 3º) del inc. f) del art. 1º del decreto-ley, en el art. 38 de la reglamentación y demás normas complementarias, 46 y ss. Un ejemplo de esto último es la ley 104 de información pública de la Ciudad de Buenos Aires.

21.1.2. Procedimientos esenciales

Como lo dice el inc. d) del art. 7º del decreto-ley, “Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos.” Entre ellos se encuentran los requisitos de informes y otras averiguaciones que haga el funcionario por sí o por el procedimiento previsto en el art. 14 de la reglamentación.¹⁷² Cabe recordar que la remisión sólo es necesaria cuando sea a un órgano que deba dictaminar el expediente.

21.1.3. Dictamen letrado¹⁷³

El ya mencionado inc. d) del art. 7 aclara por lo demás que “Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiera afectar derechos subjetivos o intereses legítimos,” o sea, cuando el acto pudiera ser perjudicial o adverso a las pretensiones del recurrente o de

¹⁷⁰ “Un aspecto que debe señalarse, y que solo está regulado en la Ley de Honduras (art. 75), es la necesidad de que concluido el procedimiento, antes de que se adopte formalmente la decisión, debe entregársele al particular el proyecto de decisión en una audiencia final, para garantizar el derecho a la participación, y el derecho a la defensa. Lamentablemente esto no está regulado, en general, en América Latina, y normalmente el proyecto de decisión permanece bien guardado y secreto antes de que se publique, de manera que siempre es una sorpresa para el interesado. Por tanto, la audiencia del interesado que, en algunos países, es al inicio del procedimiento, “debería ocurrir al final del mismo, de manera que se pueda, en ella, discutir sobre todo lo que ya está en el expediente o sobre lo que esté como proyecto de decisión, antes de que la Administración la adopte finalmente.” BREWER-CARÍAS, *Principios del Procedimiento...*, op. cit., sexta parte, secc. V, p. 170.

¹⁷¹ Véase SARCIAT, ALBERTO D., “El procedimiento de audiencia pública,” en TAWIL (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 487 y ss. donde el autor analiza el instituto de la audiencia pública como una parte del procedimiento administrativo, lo describe como un “mecanismo que integra al proceso de preparación de la voluntad estatal la opinión de los interesado en la materia” y apunta que “Por tratarse de un procedimiento administrativo, resultan aplicables a la audiencia pública la totalidad de los principios propios de este tipo de actividades enumerados en las leyes de procedimiento administrativo de cada jurisdicción.” Véase también el anexo del presente tratado (que desarrolla el contenido del decreto 1172/2003).

¹⁷² Ver *supra*, § 18, “Requerir y brindar directamente informes a otras reparticiones.” Ver BOTASSI, op. cit., pp. 198 y ss. También SCBA, *Club Estudiantes*, causa B.64413, LL, 2002-F 955, donde se señala que el dictamen es un requisito esencial y su ausencia acarrea la nulidad del acto.

¹⁷³ Ver también *supra*, t. 3, “Introducción,” cap. IX, § 4.5, “Opinión, dictamen o informe sustancial,” § 4.5.1, “En general,” § 4.5.2, “La inexplicable excepción del dictamen jurídico previo” y cap. X, § 18, “El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros,” así como MURATORIO, JORGE I., “El dictamen jurídico en la administración pública nacional,” en RDA, Buenos Aires, 2002, N° 42, pp. 535-71.

otros interesados.¹⁷⁴ No se trata de cualquier dictamen jurídico, por ilustre que sea, para dar por cumplido con este recaudo. La norma se refiere solamente a los servicios jurídicos permanentes del Cuerpo de Abogados del Estado.

Este es el sentido en que correctamente se interpreta y aplica la norma que propusiéramos en nuestro proyecto de 1964¹⁷⁵ y fuera recogido por las normas vigentes desde 1972, o cual es una demostración más, si cabe, que el derecho administrativo argentino viviente no nació en 1972, como algunos autores han querido dar a entender o incluso lo han dicho expresamente.¹⁷⁶

Por supuesto existen muchos casos en que los particulares quieren aportar a los actuados dictámenes de autores especializados en derecho administrativo, y es lícito que lo hagan, pero ello no suple la obligatoriedad de los necesarios dictámenes de los servicios jurídicos permanentes de la administración. Los dictámenes privados, de existir, tienen sólo la fuerza de convicción que puedan aportar, al igual que los propios escritos de las partes.

Lo dicho se aplica también a dictámenes oficiales *ad hoc*, pero no de los servicios jurídicos permanentes de la administración pública nacional. La situación no es muy frecuente, desde luego, pero existe alguno que otro antecedente.

Por supuesto, en todos los casos el dictamen no es vinculante, y el acto administrativo que luego se dicte debe dar cuenta argumentada, en su motivación, de qué razones lo inclinan a tomar la decisión que adopta.

Si hay dictámenes contrapuestos, no será entonces suficiente con invocar uno u otro, deberán darse las razones argumentales de fondo que llevan a tomar la resolución de que se trate. En efecto, decir que se elige el dictamen de uno por sobre otro no ha de fundarse en la calidad o la función de quien lo emite, sino en las razones que brinda. No es un ejercicio de autoridad ni de recetas, es un ejercicio de la razón.

¹⁷⁴ Ver COMADIRA, *Procedimiento...*, op. cit., comentario a los arts. 7° y 8°, § 6.1.4, pp. 200-1: “si el dictamen jurídico previo se concibe como un modo de control de legalidad él debería ser requerido no sólo como medio de protección de los derechos particulares, sino, en general, como recaudo esencial previo al dictado de todo acto administrativo, incluso cuando éste sea favorable para los intereses individuales [...] se debería exigir especialmente en relación con los actos que puedan incidir en la hacienda pública,” esp. nota 719, quien de este modo sigue lo propuesto por nosotros en 1964, en el proyecto de Código Administrativo citado en la nota siguiente, especialmente última parte. La disposición de fondos públicos, en un país con tanta tradición de corrupción y despilfarro públicos, también requiere siempre de los dictámenes legales pertinente de los servicios jurídicos permanentes de la administración, quienes a nuestro juicio están obligados a pronunciarse también y muy especialmente sobre la razonabilidad de los actos sometidos a su conocimiento, no solamente sobre los actos aspectos formales.

¹⁷⁵ Art. 91: “Antes de dictarse el acto administrativo deben cumplirse todos los trámites sustanciales previstos expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de los que establezcan otras normas, considérase trámite sustancial la emisión de dictamen jurídico, proveniente de organismos permanentes de asesoramiento letrado, cuando el acto afecte los derechos de terceros, vervigracia si establece sanciones, resuelve recursos, etc. y cuando implique la disposición de fondos de la hacienda pública.”

¹⁷⁶ Especialmente CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 3-4, § 2, “Situación anterior a la LNPA.”

21.1.4. *Causa*¹⁷⁷

La causa del acto, según la terminología utilizada por el decreto-ley, no es otra cosa que los antecedentes, principalmente de hecho, que justifican razonablemente la emisión del acto (inc. *b*) del art. 7°.) A menos que se trate de hechos públicos y notorios, a que nos referimos al tratar de las reglas de la prueba, deben hallarse ya *acreditados* en el expediente a través de la prueba rendida en el procedimiento previo a la emisión del acto, con la necesaria intervención y control del particular afectado.

21.2. *Requisitos del acto a emitirse*

Cumplidos los recaudos antedichos, el propio acto debe también satisfacer los siguientes requisitos de validez.

21.2.1. *Competencia*

Está prevista en el inc. *a*) del art. 7°, es de ejercicio obligatorio (art. 3° del decreto-ley) y puede emerger de norma constitucional, legal o reglamentaria (art. 3°), sea por descentralización, desconcentración, delegación, avocación.¹⁷⁸

21.2.2. *Motivación de hecho y de derecho*¹⁷⁹

El acto debe estar razonablemente fundado, o sea, debe explicar, en sus propios considerandos, los motivos y los razonamientos por los cuales arriba a la decisión que adopta. Esa explicación debe serlo tanto de los hechos y antecedentes del caso, como del derecho en virtud del cual se considera ajustada a derecho la decisión¹⁸⁰ y no pueden desconocerse las pruebas existentes ni los hechos objetivamente ciertos.

21.2.3. *Decidir todas las cuestiones propuestas*

El acto debe resolver todas las “peticiones formuladas” (inc. *c*) del art. 7° del decreto-ley), o sea, todas las cuestiones planteadas. En esto las legislaciones y la doctrina son uniformes.¹⁸¹ También puede decidir otras cuestiones no propuestas por las partes, pero “previa audiencia del interesado y siempre que ello no

¹⁷⁷ Ampliar en COVIELLO, PEDRO J., “La causa y el objeto del acto administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Acto Administrativo y Reglamento*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2002, pp. 33-49.

¹⁷⁸ Art. 3° del decreto-ley 19.549/72 y 2° de la reglamentación. Ampliar *supra*, t. 1, cap. XII; t. 3, cap. VIII, § 10-14.

¹⁷⁹ Ampliar en SACRISTÁN, “La motivación como requisito esencial del acto administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Acto Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 65-92.

¹⁸⁰ Ampliar *supra*, t. 3, cap. X, § 6.4, “Requisitos de una fundamentación suficiente.” En igual sentido el Tribunal Europeo de Justicia, en el caso *Hauptzollamt München-Mitte* (1991), citado en CHITI, *op. cit.*, p. 317.

¹⁸¹ En España dice el art. 93, inc. 1°: “La resolución decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados,” GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, *op. cit.*, pp. 112 y 152; *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 545 y 2ª ed., p. 569; también en Italia: *Il Consiglio di Stato*, año XIII, 6-7: 1271 (1962); Comp. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, *op. cit.*, p. 53.

afecte derechos adquiridos” (norma citada.) Debe tenerse también en cuenta la inadmisibilidad de la *reformatio in pejus*,¹⁸² salvo que haya terceros recurrentes en base a derechos o intereses contrapuestos.

21.2.4. Otros requisitos de validez

Desde luego, existen otros requisitos de validez del acto.¹⁸³

22. Continuación: desistimiento del recurrente y archivo de las actuaciones

22.1. Caso de desistimiento

La mencionada obligación existe aunque los recursos sean desistidos por el particular. Por lo tanto, dicho desistimiento no puede excusar la responsabilidad del funcionario que omite investigar y decidir un reclamo o recurso con visos de veracidad y que ataque una irregularidad administrativa de mediana importancia.¹⁸⁴ Ese principio que enunciamos se encuentra receptado en el art. 70 de la reglamentación de la ley nacional, que expresa que “Si la cuestión planteada pudiere llegar a afectar de algún modo el interés administrativo o general, el desistimiento del procedimiento o del derecho no implicará la clausura de los trámites, lo que así se declarará por resolución fundada, prosiguiendo las actuaciones hasta que recaiga la decisión pertinente. Esta podrá beneficiar incluso a quienes hubiesen desistido.” Como fácilmente se advierte, que la cuestión planteada pudiera llegar “a afectar de algún modo el interés administrativo o general,” es algo tan amplio que no ha de encontrar demasiadas excepciones en la práctica. En toda impugnación por un particular de un acto administrativo está presente el interés público¹⁸⁵ de esclarecer la legitimidad o ilegitimidad del acto impugnado, resolviendo el fondo de la impugnación en uno u otro sentido, por aplicación del principio de la legalidad objetiva.¹⁸⁶

Hay casos en que podría hacerse excepción a esta disposición y tornar aplicables los arts. 66 a 69 (desistimiento del procedimiento o del derecho), sin que el interés público haga aplicable el art. 70 (obligación de resolver de todos modos a pesar del desistimiento.) Se trata de cuando el desistimiento es producto de una transacción

¹⁸² Ver *supra*, § 15, “Decisión del recurso. Inadmisibilidad de la *reformatio in pejus*.”

¹⁸³ *Supra*, t. 3, caps. VIII a X, donde desarrollamos los requisitos simultáneamente con los posibles vicios de un acto administrativo.

¹⁸⁴ Comp. ley española, art. 98, inc. 2º; VIVANCOS, *op. cit.*, pp. 101-2; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 105 y 2ª ed., p. 127.

¹⁸⁵ Debe evitarse confundir “interés público” con “interés de la administración pública,” tal como explicamos *supra*, t. 2, cap. VI, “Servicios públicos,” § 5.3, “El interés público no es el interés de la administración pública,” p. 36.

¹⁸⁶ Ampliar *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 14, “Principio de la legalidad objetiva,” p. 35 y ss.; *infra*, cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento,” § 12.1, “¿Paralización del procedimiento por causa imputable al particular?”

o convenio al cual tanto la administración como el particular arriban.¹⁸⁷ En efecto, es bastante frecuente que ante la impugnación por el particular, la administración y el propio recurrente busquen fórmulas transaccionales en las cuales se confiere algún reconocimiento o algún derecho al particular, pero condicionado a que como parte de dicho convenio él desista del recurso interpuesto. Normalmente no se firman convenios formales de transacción, sino que se entrecruzan cartas o resoluciones: la administración reconociendo algo, que incluso puede ser ajeno a la cuestión debatida en el procedimiento; el particular desistiendo del recurso. Por ello ha de analizarse la cuestión de hecho en el expediente a fin de poder determinar si el desistimiento puede considerarse válido, por ser producto de una transacción, y si por igual motivo la administración no ha debido resolver el fondo de la impugnación no obstante el desistimiento. En caso de ser una transacción con desistimientos parciales del interesado en miras a asegurar su derecho, o la percepción de su crédito, ella es válida y debe cumplirse.

22.2. *Archivo*

Como consecuencia de lo anterior, no puede procederse al archivo de las actuaciones sin haberse resuelto expresamente.¹⁸⁸ Cuando el archivo debe ser decretado por otras causas, debe dictarse un acto expreso que habrá de ser notificado al interesado,¹⁸⁹ ya que estamos ante un acto lesivo al particular. No sólo por la demora, sino por la eventual pérdida a resultas del envío al archivo, cuando éste se encuentra en acusado grado de deterioro. Por ello el particular hará bien en guardar siempre copias de todas las fojas del expediente y en actualizarlo cada vez que pueda.¹⁹⁰

V. Recusación y excusación

23. *Procedencia de la recusación*

La recusación es procedente de acuerdo con lo dispuesto por el art. 6° del decreto-ley: “Los funcionarios y empleados pueden ser recusados por las causales y en las oportunidades previstas en los arts. 17 y 18 del Código Procesal Civil y Comercial

¹⁸⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 350 y ss.; 2ª ed., p. 362 y ss.

¹⁸⁸ VIVANCOS, op. cit., p. 136, quien exceptúa el desistimiento, p. 162. El archivo es un acto tácito de rechazo del recurso: PTN, *Dictámenes*, 88: 129, 271; un recurso judicial directo que el organismo ante el que se lo interpuso había remitido al archivo: PTN, *Dictámenes*, 130: 178.

¹⁸⁹ VIVANCOS, op. loc. cit.

¹⁹⁰ Ver *supra*, t. 2, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica,” § 5, “La precaución de guardar copia de los escritos y documentos.” El aforismo privado “Nada se pierde, todo se traspapela” no es tal vez aplicable a la administración pública, donde regiría el aforismo de que si a un funcionario le ordenan destruir un expediente va a contestar “De acuerdo, pero primero hago una copia.” Pero el problema es siempre igual: cómo y dónde encontrar la copia. Los particulares hemos aprendido la necesidad de obtener y guardar siempre copia del expediente.

de la Nación.”¹⁹¹ Conforme a esta remisión legal, sólo es admisible la recusación con expresión de causa, no así la reglada la recusación sin expresión de causa. La recusación es también admitida en el derecho comparado,¹⁹² pues el requisito del debido proceso legal es de vigencia universal, e incluye el derecho a una decisión imparcial.¹⁹³ No obstante, Jujuy rechaza la recusación.¹⁹⁴

24. Oportunidad de plantear la recusación

24.1. Causales preexistentes

El art. 6° del decreto-ley remite al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en cuanto a la oportunidad de plantear la recusación. Cuando la causal no fuere sobreviniente, la aplicación del art. 14 del Código obliga a formular la recusación al interponer el recurso, reclamo, denuncia o petición, si se trata del interesado principal; si se trata de un tercero que se presenta asumiendo el carácter de parte, en su primera presentación.¹⁹⁵ Desde luego, como en el procedimiento administrativo, a diferencia del judicial, no se sabe de antemano sino en muy pocos casos quién es el funcionario que ha de intervenir, ha de interpretarse que la recusación recién puede formularse una vez conocido quién es el funcionario interviniente.

Entonces, la primera presentación *ante el funcionario* eventualmente recusado, debe ya contener la recusación por causales preexistentes. Las presentaciones hechas ante otros funcionarios, o ante la administración *lato sensu*, mal pueden ya contener recusación a funcionario alguno. Enterado entonces el particular de la intervención concreta y efectiva de determinado agente, recién entonces puede,

¹⁹¹ Ampliar en BLOCH, DENISE, “La recusación y la excusación de los funcionarios intervinientes,” en TAWIL, *op. cit.*, cap XVIII, pp. 205-211. En su momento parte de la doctrina entendió que la recusación era improcedente: BIELSA, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 1956, 5ª ed., p. 20; 1964, 6ª ed., p. 23. El decreto-ley ha zanjado la cuestión admitiendo su procedencia; Ciudad de Buenos Aires, art. 6°; Prov. de Buenos Aires, 6°; Córdoba, 6°; Corrientes, 65; Entre Ríos, 48; Jujuy, 6°; La Pampa, 23. Mendoza sigue el criterio tradicional, art. 116: SARMIENTO GARCÍA, JORGE H. y PETRA RECABARREN, GUILLERMO M., *Ley de procedimiento administrativo de Mendoza*, Mendoza, 1973, p. 168 y ss.

¹⁹² Así p. ej. REAL, *op. cit.*, p. 288; SCHWARTZ, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 303 y ss.; *Administrative Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1991, 3ª ed., p. 350 y ss.; WADE, WILLIAM, SIR, *Derecho administrativo*, Madrid, 1971, p. 256 y ss.; *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 1971, 3ª ed., p. 175 y ss.; WADE y FORSYTH, CHRISTOPHER, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 450 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 169 y ss. Respecto del régimen bonaerense ver BOTASSI, *Procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, p. 63.

¹⁹³ *Hauptzollamt München-Mitte*, 1991, en CHITI, *op. cit.*, p. 317.

¹⁹⁴ El art. 6 de la ley 1889/48 de procedimiento administrativo de Jujuy prevé las causales de excusación pero establece que “ningún funcionario es recusable,” sin embargo dicha norma dispone la obligación de excusación de los funcionarios en los casos que taxativamente expresa. Acerca de ello y de la incoherencia de esta norma ver LLAPUR, *Ley de procedimientos...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

¹⁹⁵ En efecto, dicen los párrafos segundo y tercero del art. 14 del Código: “El actor podrá ejercer esta facultad al entablar la demanda o en su primera presentación; el demandado, en su primera presentación, antes o al tiempo de contestarla, o de oponer excepciones en el juicio ejecutivo, o de comparecer a la audiencia señalada como primer acto procesal.” “Si el demandado no cumpliere esos actos, no podrá ejercer en adelante la facultad que confiere este artículo.” (t. o. por ley 25.488.)

en su próxima primera presentación, formular su recusación. La regla es así que la recusación debe deducirse en la primera presentación que haga el interesado ante el funcionario a recusar, perdiendo el derecho de efectuarla en el futuro, salvo que la causa fuere sobreviniente.¹⁹⁶ En tal sentido, se ha interpretado que “la interposición del recurso de reconsideración ante el funcionario actuante implica consentir su intervención.”¹⁹⁷

24.2. Causales sobrevinientes

En este caso el art. 18 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación indica que la causal “podrá hacerse valer dentro del quinto día de haber llegado a conocimiento del recusante.”

La norma agrega “y antes de quedar el expediente en estado de sentencia,” disposición que estimamos inaplicable, por cuanto una vez dictado el pertinente dictamen jurídico un expediente puede siempre teóricamente ser resuelto. Entendemos que esta limitación temporal debe interpretarse en el sentido de que la recusación debe en tal caso interponerse antes de la resolución del asunto por el funcionario recusado.¹⁹⁸ Interpuesta después, puede en todo caso valer como impugnación de la validez del acto por desviación de poder y falta de imparcialidad, pero no ya *stricto sensu* como recusación. Opera al respecto la inevitable preclusión procesal.

25. Efectos de la interposición de la recusación

El art. 6° del decreto-ley dispone que el funcionario debe “dar intervención al superior inmediato dentro de los dos días,” lo cual ha de interpretarse que debe hacerlo acompañando su informe sobre las causas alegadas, como dispone el art. 26 del Código Procesal.¹⁹⁹ Cobra así sentido lo que continúa diciendo el art. 6°: “Si el recusado admitiere la causal y ésta fuere procedente, aquél le designará reemplazante. Caso contrario, resolverá dentro de los cinco días; si se estimare necesario producir prueba, ese plazo podrá extenderse otro tanto.”

Lo que esta norma no aclara expresamente es si el recusado eleva al superior inmediato sólo la recusación y su informe, o todo el expediente en que está interviniendo; a su vez, si debe proseguir actuando en el expediente o en cambio debe dar intervención a otro órgano. En el sistema del CPCCN, el recusado forma un incidente con la recusación y su informe y lo eleva a la Cámara para

¹⁹⁶ PTN, *Dictámenes*, 143: 416; 126: 225.

¹⁹⁷ PTN, *Dictámenes*, 143: 418.

¹⁹⁸ Es la solución de la ley española, art. 21; conf. VIVANCOS, *op. cit.*, p. 66 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 21; *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 149 y 2ª ed., p. 151.

¹⁹⁹ Dice el art. 26 del Código Procesal: “Cuando el recusado fuere un juez de primera instancia, remitirá a la cámara de apelaciones, dentro de los cinco días, el escrito de recusación con un informe sobre las causas alegadas, y pasará el expediente al juez que sigue en el orden del turno para que continúe su sustanciación. Igual procedimiento se observará en caso de nuevas recusaciones.”

su resolución y el expediente principal lo remite al juez que sigue en orden del turno para que continúe su sustanciación. Si la recusación es luego rechazada, los autos vuelven al juez recusado para que prosiga su trámite. Si es admitida, el expediente queda radicado y continúa su trámite con el juez subrogante que intervino con motivo de la recusación.

En el procedimiento administrativo no existe siempre la posibilidad de que el expediente pase automáticamente a otro funcionario equivalente, pues no en todos los casos lo hay (sí en los casos de Presidente y vicepresidente, en muchos organismos, Director y Subdirector, etc.); pero a su vez la parte final del art. 6° indica que se debe formar un incidente con la recusación,²⁰⁰ y el buen sentido, más los principios que fluyen del Código Procesal, indican la inconveniencia de que siga interviniendo el funcionario recusado —si no hay quien lo pueda suplir— mientras está pendiente el trámite de la recusación.

En función de lo expuesto pensamos que el recusado debe a) formar incidente con el escrito de recusación y su informe, y elevarlo dentro del segundo día al inmediato superior; b) elevar también el expediente principal al superior conjuntamente con el incidente, a fin de que el superior por avocación adopte las medidas de trámite que corresponden al expediente principal mientras está pendiente de resolución la recusación. En su defecto, habrá de disponer quién debe intervenir hasta que se dicte resolución sobre el incidente.²⁰¹

26. Causales comunes de recusación y excusación

Conforme la remisión legal citada son causales comunes tanto de recusación como de excusación de los agentes públicos, las siguientes:

26.1. El parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad con alguna de las partes, sus mandatarios o letrados.²⁰²

26.2. Tener el funcionario o sus consanguíneos o afines, interés en el asunto que debe decidir, dictaminar o informar, o en otro semejante; o sociedad o comunidad con alguna de las partes o terceros interesados, sus representantes o letrados, salvo que la sociedad fuera anónima. El inc. 2° del art. 17, al cual corresponde la interpretación que hacemos, dice así: “Tener el juez o sus consanguíneos o afines dentro del grado expresado en el inciso anterior, interés en el pleito o en otro semejante, o sociedad o comunidad con algunos de los litigantes, procuradores

²⁰⁰ “Las resoluciones que se dicten con motivo de los incidentes de recusación o excusación y las que los resuelvan, serán irrecurribles.”

²⁰¹ Corrientes, art. 65, inc. f). Es ésta la solución que fluye de la ley española, cuyo art. 55 *in fine* otorga expresamente efecto suspensivo al incidente de recusación; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, op. cit., p. 363; *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 150 y 2ª ed., p. 152.

²⁰² Es ésta la transcripción textual del inc. 1° del art. 17 del CPCCN. Cabe señalar que en algunas legislaciones modernas, p. ej. la ley alemana, se incluye dentro del concepto de familiar o allegado al novio o novia (*Verlobte*, art. 20, inc. 5, ap. 1°); en nuestra legislación este supuesto corresponde incluirlo dentro del caso contemplado en el inc. 9°, que comentamos *infra*, § 26.12.

o abogados, salvo que la sociedad fuese anónima.”

26.3. Tener el funcionario pleito pendiente con el recusante,²⁰³ o conflicto administrativo en que sean partes contrapuestas.²⁰⁴

26.4. Ser acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes, con excepción de los bancos oficiales.²⁰⁵

26.5. Ser o haber sido denunciante o acusador del recusante o denunciado o acusado con anterioridad a la iniciación del expediente. El inc. 5° del art. 17 del Código Procesal establece que esta causal de recusación se aplica cuando el juez haya sido denunciante o denunciado “ante los tribunales” pero entendemos que al aplicarla al procedimiento administrativo debe naturalmente comprender también el caso en que uno u otro haya sido denunciante o denunciado ante la propia administración pública o autoridades independientes (Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, Defensor del Pueblo de la Nación, Oficina Anticorrupción).²⁰⁶

26.6. La causal del inc. 6° del art. 17 del Código Procesal se refiere a la hipótesis de que el recusante haya denunciado anteriormente al juez conforme a la ley de enjuiciamiento de magistrados y siempre que el órgano competente haya dispuesto dar curso a la denuncia. Trasladando este principio al procedimiento administrativo, es entonces causal de recusación que el recusante haya denunciado anteriormente al funcionario de que se trate p. ej. ante la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas o la Oficina Anticorrupción.²⁰⁷

26.7. Que el funcionario haya sido defensor de alguna de las partes.²⁰⁸ Esta vieja causal del CPCCN para los jueces, debe ahora ser extendida a los funcionarios públicos: No ya a la sola profesión de abogado ni a la exclusiva función de defensor penal. Este grupo de causales es aplicable si ha sido asesor —de cualquier naturaleza: financiero, impositivo, contable, de inversiones, etc.— de alguna de las partes, con o sin relación de dependencia, o *lato sensu* ha realizado anteriormente trabajos profesionales para una de las partes como patrocinante, representante, director, gerente, etc., en los últimos tres años.²⁰⁹

²⁰³ Es, salvo el cambio de “juez” por “funcionario,” la transcripción del inc. 3°.

²⁰⁴ Formulamos esta hipótesis para realizar la necesaria traslación al campo administrativo del criterio de “pleito pendiente” en el ámbito judicial.

²⁰⁵ La misma aclaración de la nota 201.

²⁰⁶ A pesar de la diversidad de órganos de control, el manejo de la deuda externa ha escapado a todos, como explicamos en “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” LL, 2001-F, 1050, reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64.

²⁰⁷ U otros órganos con funciones de control de la administración pública, en caso de existir, p. ej. el Defensor del Pueblo de la Nación. Al respecto ampliar *supra*, t. 1, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 14.1, “El Defensor del Pueblo.”

²⁰⁸ Es la primera causal del inc. 7°, “haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes.”

²⁰⁹ Esta limitación temporal surge del decreto 862/01, invocando facultades delegadas por la ley 25.414.

Por supuesto, ha de tratarse de funciones de dirección, pues el texto normativo que expresa “de cualquier otra forma [...] prestar servicios” no puede entenderse literalmente, para cualquier tarea y a cualquier nivel. Leerlo de ese modo la privaría de todo sentido.

Esta interpretación, que es así más amplia en cuanto a las *causales* de excusación —y por ende de recusación— surge de las llamadas inhabilidades o incompatibilidades del art. 13 de la ley 25.188 de ética en la función pública,²¹⁰ pero en cambio resulta más limitada en su redacción dada por el decreto 862/01,²¹¹ al establecer que el funcionario debe renunciar, antes de asumir el cargo, a las actividades que lo inhabilitan y abstenerse de intervenir, durante su gestión, en trámites relacionados con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos tres años o tenga participación societaria, conforme el art. 15.²¹²

Estas inhabilidades o incompatibilidades, que conllevan la nulidad absoluta del acto dictado en contravención a ellas,²¹³ pueden también fundar la excusación o recusación, en su caso.

26.8. La segunda parte del inc. 7° establece como causal de recusación que el juez haya “emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado.” Al respecto el art. 6° del decreto-ley 19.549/72 agrega que “La intervención anterior del funcionario o empleado en el expediente no se considerará causal de recusación.”²¹⁴ O sea que no puede recusarse al funcionario por manifestaciones que hubiere vertido respecto del asunto, salvo cuando ellas se produjeren en el mismo *expediente* en que la cuestión se ventila;

²¹⁰ Art. 13: “Es incompatible con el ejercicio de la función pública: a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades; b) ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones.”

²¹¹ B.O., 02-VII-01. Cabe aclarar que se trata de un decreto delegado, dictado con invocación de las facultades conferidas por la ley 25.414.

²¹² Art. 15: “En el caso de que al momento de su designación el funcionario se encuentre alcanzado por alguna de la incompatibilidades previstas en el Artículo 13, deberá: a) Renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo. b) Abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos TRES (3) años o tenga participación societaria.”

²¹³ Según el art. 17 de ley 25.188, en efecto, “Cuando los actos emitidos por los sujetos del art. 1° estén alcanzados por los supuestos de los arts. 13, 14 y 15, serán nulos de nulidad absoluta, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Si se tratare del dictado de un acto administrativo, éste se encontrará viciado de nulidad absoluta en los términos del art. 14 de la ley 19.549. Las firmas contratantes o concesionarias serán solidariamente responsables por la reparación de los daños y perjuicios que por esos actos le ocasionen al Estado.” Ver FRANDSEN, IGNACIO CARLOS, “Las incompatibilidades de la ley de ética de la función pública y la nulidad de los actos administrativos,” EDA 2000-2001, pp. 371-9.

²¹⁴ Corrientes, art. 65, inc. b), establece la misma regla, pero hace una salvedad que guarda alguna analogía con la que luego nosotros efectuamos: “Sin embargo no podrán intervenir en un mismo asunto, ejercitando función administrativa, legislativa o judicial, quienes antes hubiesen ejercido otra de ellas en el mismo asunto.”

las emitidas fuera de él pueden dar lugar a la recusación sólo si anticipan opinión. La intervención anterior del funcionario en el expediente no será causal de recusación a menos que denote parcialidad o prejuizgamiento.²¹⁵

No es causal de recusación la anterior intervención en el expediente *en la misma función*, pero sí lo es si ha intervenido en un carácter incompatible con la función que está llamado a desempeñar: así p. ej. ningún funcionario con facultades instructorias puede luego participar en la decisión;²¹⁶ un miembro de la comisión de preadjudicaciones no puede si es designado en el cargo decisorio, tomar luego la resolución de adjudicar en el mismo asunto; un profesor que emita dictamen como miembro de un jurado, si luego es designado Decano o Rector no puede tomar decisiones en el mismo asunto en que dictaminó; un Director de Asuntos Jurídicos que luego asume el cargo ejecutivo no puede resolver los mismos asuntos que dictaminó anteriormente, etc. Sobre ello volveremos más adelante.²¹⁷

26.9 Haber recibido beneficios de importancia de alguna de las partes.²¹⁸ Si bien al agente público le está vedado recibir toda clase de dádivas u obsequios con motivo de sus funciones,²¹⁹ sólo cuando ellas sean “de importancia” dan lugar a la recusación; a la inversa, si son de importancia, la recusación procede aunque ellos hayan sido legalmente aceptados, por ser anteriores a la función.

26.10. Tener con alguna de las partes amistad que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia de trato.²²⁰

26.11. Tener contra el recusante enemistad, odio o resentimiento, que se manifieste por hechos conocidos. Obviamente no procede la recusación por ataques u ofensas inferidas al funcionario después que hubiere comenzado a conocer del asunto.²²¹

26.12. El CPCC, al tratar de las causales de recusación, no contempla supuestos que son ajenos a la función judicial, como tener relación de dependencia en otra función con una de las partes. En el procedimiento administrativo en cambio,

²¹⁵ La imparcialidad es un principio cardinal del procedimiento: ALLEGRETTI, UMBERTO, *L'imparzialità amministrativa*, Padua, 1965; dice también REAL, “Los principios del procedimiento administrativo en el Uruguay,” *op. cit.*, p. 269 y ss., pp. 287-8, que “la parcialidad y el prejuicio demostrado por el funcionario interviniente son causales de recusación. Desde luego, es ilegítima la decisión tomada en condiciones de parcialidad,” CHITI, *op. loc. cit.*

²¹⁶ SCHWARTZ y WADE, *Legal Control of Government*, Gran Bretaña, Oxford, 1972, p. 111; WADE y FORSYTH, *Administrative Law*, *op. cit.*, pp. 468-73; CSJN, *Llerena, Fallos*, 328: 1491.

²¹⁷ Ver *infra*, § 27, “Otras causales de recusación.”

²¹⁸ Salvo el cambio de “el juez” por “el funcionario,” es la transcripción del inc. 8°.

²¹⁹ Art. 24, inc. f), de la ley 25.164, y art. 24, inc. f) del decreto 1421/02. Ver también CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, *La ética pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

²²⁰ Hemos omitido “el juez” y cambiado “los litigantes” por “las partes” respecto de la redacción del inc. 9° del art. 17.

²²¹ Hemos cambiado “juez” por “funcionario,” en lo demás es la misma redacción del inc. 10 del art. 17 del Código Procesal. La parcialidad o prejuicio “debe fundarse sobre hechos anteriores al juicio, no los que ocurren durante el mismo” como recuerda BOSCH, JORGE TRISTÁN, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953, p. 108.

puede ser posible que un funcionario tenga una actividad privada en relación de dependencia con una de las partes, lo cual hace manifiestamente impropio que intervenga en la cuestión. Es éste un ejemplo de que las causales de recusación no pueden interpretarse literalmente ni tampoco restrictivamente: debe ser el principio de la necesaria imparcialidad el que debe guiar el funcionamiento y aplicación del instituto de la recusación. Por ello desarrollamos a continuación el principio expresado.

27. Otras causales de recusación

27.1 Incompatibilidades y conflicto de intereses

Un funcionario puede ser recusado cuando se encuentra comprendido en alguna causal de incompatibilidad y no se ha excusado aún de intervenir. A las causales generales propias de la función pública cabe agregar las previstas por la ley 25.188²²² de ética pública. El art. 13 establece que “Es incompatible con el ejercicio de la función pública: a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma,²²³ prestar servicios²²⁴ a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades; b) ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones.”²²⁵ Además “Aquellos funcionarios que hayan tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones o concesiones de empresas o servicios públicos, tendrán vedada su actuación en los entes o comisiones reguladoras de esas empresas o servicios, durante tres años inmediatamente posteriores a la última adjudicación en la que hayan participado.”²²⁶ Estas inhabilidades e incompatibilidades obligan al funcionario a “Renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo,” debiendo “Abstenerse de tomar intervención, durante su

²²² Para su análisis puede verse CAPUTI, *La ética pública, op. cit.* Asimismo recordamos que ya existía el Código de Ética de la Función Pública (decreto 41/99), el cual prevé, en el art. 41, el conflicto de intereses y en el art. 42 los casos de excusación.

²²³ En este art. la frase es inobjetable; pero no la remisión del art. 15 en cuanto inhabilidad o incompatibilidad para acceder a la función por tareas previas en el ámbito privado. Lo explicamos *supra*, cap. II, § 26.7.

²²⁴ No incluye funciones independientes como árbitro arbitrador o amigable componedor; funciones públicas de control; perito; consultor independiente; etc.

²²⁵ En este punto es inobjetable la remisión que hace el art. 15 en relación a las actividades privadas *previas* al desempeño del cargo.

²²⁶ Art. 14, texto según decreto 862/01. Este es por cierto otro caso anómalo en que el Congreso permite que una ley suya sea diluida y en definitiva traicionada por un decreto del Poder Ejecutivo. Es uno más de los daños que derivan del presidencialismo, que hacen del Congreso algo *menos* que un sello de goma, como explicamos en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. I, *op. cit.*, nota 16, p 114-C; nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” RPA 2006-2: 59-104. Ver también PÉREZ HUALDE, “La postergación institucional,” LL, 2006-F, 877.

gestión, en cuestiones particularmente relaciones con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos TRES (3) años o tenga participación societaria.”²²⁷ Estas incompatibilidades se aplican “sin perjuicio de las que estén determinadas en el régimen específico de cada función.”²²⁸

La norma es débil, pues permite al funcionario de una empresa privatizada renunciar a su función privada e inmediatamente asumir cualquier cargo en un órgano de control público de la misma empresa privada, con la única condición de no tener ingerencia directa en las cuestiones que hacen a la empresa de la que formó parte, lo cual obviamente es una prohibición que no impide los fructíferos contactos informales que su nueva posición le permite. Pensamos que es una permisión inmoral.

27.2. *El prejuicio personal*

Conforme lo hemos adelantado, no son las del art. 17, a nuestro modo de ver, las únicas causales de recusación admisibles:²²⁹ siguiendo aquí el criterio angloamericano, entendemos que el “prejuicio personal” (*personal bias*)²³⁰ debe ser causal de recusación en los casos en que la índole de la cuestión así lo requiera.²³¹ No compartimos, por lo tanto, la afirmación de que las causales de recusación se interpretan con criterio estricto.²³² En efecto, la “regla contra el prejuicio” (*rule against bias*) no es un mero aspecto de trámite que pueda existir o no según que algún reglamento la reconozca: constituye un principio esencial de justicia natural²³³ aplicable desde luego al procedimiento administrativo y cuya finalidad esencial es asegurar la imparcialidad de éste,²³⁴ pudiéndose por ello subsumirla dentro de la garantía de la defensa.²³⁵

Por lo demás, cabe distinguir dos hipótesis fundamentales de “prejuicio personal:” a) él puede ser impersonal, cuando la tendencia del pensamiento del funcionario está en forma muy marcada orientada en determinada dirección,

²²⁷ Art. 15, texto según decreto 862/01. Ampliar *supra*, cap. II, § 26.7.

²²⁸ Art. 16.

²²⁹ PTN, *Dictámenes*, 93: 264, ampliar en GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, comentario al art. 6° del decreto-ley 19.549/72, secc. V, p. 94.

²³⁰ Ver BOSCH, *op. cit.*, p. 105 y ss.; REAL, *op. cit.*, p. 288.

²³¹ Conf. GÓMEZ SANCHÍS, *op. cit.*, p. 607.

²³² PTN, *Dictámenes*, 143: 416. Respecto al *personal bias* ver BOSCH, *op. cit.*, p. 105 y ss. Conf. COMMITTEE ON MINISTERS' POWERS, *Report*, Londres, 1936, p. 78. De igual modo, cabe considerar los supuestos previstos por la ley de ética pública en materia de conflictos de intereses, que explicamos *supra*, § 27.1; conf. REJTMAN FARAH, MARIO, “El principio de transparencia en el procedimiento administrativo,” en AA.VV., *Procedimiento y proceso administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2005, pp. 79-104.

²³³ WADE, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 130 y ss; WADE y FORSYTH, *op. cit.*, p. 439; REAL, *op. loc. cit.*; BOSCH, *op. cit.*, p. 105.

²³⁴ Ver *supra*, nota 208.

²³⁵ CSJN, *Fallos*, 198: 78, *Prov. de Santiago del Estero v. Enrique Compagno*, 1944, exige que el caso sea considerado, “por funcionarios imparciales,” como requisito integrante de la garantía de la defensa. WADE menciona separadamente la “defensa” y la “regla contra el prejuicio” en WADE y FORSYTH, *op. cit.*, p. 440.

que pueda perjudicar la objetividad de la decisión; b) la parcialidad personal, “o sea actitud manifiesta en favor o en contra de una de las partes en litigio.”²³⁶ En el primer caso, es fundamental evitar, como se ha dicho con agudeza, a los fundamentalistas,²³⁷ a los fanáticos y los cruzados.²³⁸ Con todo, aquí ocurre lo mismo que con la desviación de poder:²³⁹ una cosa es establecer el principio y otra muy distinta lograr aportar elementos de prueba suficientes como para generar la fuerza de convicción en quien ha de resolver, en el sentido de que el vicio efectivamente existe. Tratándose de una actitud subjetiva del agente, será necesario encontrar sus manifestaciones objetivas: antecedentes, actitudes asumidas ante otros hechos o circunstancias, expresiones parciales vertidas respecto de la persona del interesado en las actuaciones, o de categorías de personas en las cuales el interesado encuadra directamente.²⁴⁰ Todos los medios de prueba son admisibles, incluso la indiciaria,²⁴¹ para acreditar la existencia del prejuicio personal del agente a los efectos de su recusación.

27.3. *El prejuzgamiento como causal de recusación*

Finalmente, cuando el procedimiento es de tipo fundamentalmente contradictorio, p. ej. cuando hay dos o más particulares en pugna por la obtención de un privilegio (v. gr. impositivo) o de una autorización (p. ej. para radicación de industrias extranjeras al amparo de un régimen de promoción); o cuando diversos particulares se disputan una licitación o un concurso, los funcionarios deben guardar total y objetiva imparcialidad. La falta de tal imparcialidad, manifestada en el prejuzgamiento, es una causal ineludible de recusación.²⁴² Lo mismo es aplicable a los sumarios, en los cuales el sumariante, quien tiene por función averiguar los hechos sobre los cuales puede versar una ulterior sanción, debe también guardar imparcialidad y evitar el prejuzgamiento. Esto había sido así reconocido por la Procuración del Tesoro de la Nación, aun en ausencia de normas legales o reglamentarias expresas, y la solución es correcta si se tiene en cuenta que ella deviene naturalmente de la regla constitucional del debido proceso en sentido sustancial, uno de cuyos primeros requisitos es el ser tratado por la autoridad con objetividad e imparcialidad, esto es, entre otras cosas, sin prejuzgamiento.

²³⁶ BOSCH, *op. cit.*, p. 106, distingue cuatro formas de parcialidad o prejuicio.

²³⁷ Es lo que, con criterio más general, objeta POPPER, a los pseudo poseedores de verdades absolutas en cuestiones terrenales, tal como lo explicamos en el cap. I, “Parte general” del t. 1.

²³⁸ En palabras de DAVIS, KENNETH CULP, “Bias of Administrative Officers,” t. 32, *Minnesota Law Review*, 1948, p. 208, citado por BOSCH, *op. cit.*, p. 107; DAVIS, *Administrative Law Text*, St. Paul, West, 1972, 3ª ed., p. 247.

²³⁹ Ampliar *supra*, t. 3, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 7, “Arbitrariedad.”

²⁴⁰ Claro ejemplo de esto son las expresiones peyorativas en materia racial, religiosa, etc., cuando asumen grados muy acusados de sectarismo. También, decisiones palmariamente diferentes a las del mundo civilizado occidental.

²⁴¹ Igual que en la desviación de poder: t. 3, cap. IX, § 6, “Desviación de poder.”

²⁴² Como destaca HUTCHINSON, t. 1, *op. cit.*, p. 129, apartar a un funcionario por opiniones vertidas en otros procedimientos, en la cátedra o en el libro es contrario a los fines de la norma.

En verdad, el prejuzgamiento es un grado más agudo y objetable de parcialidad que el “prejuicio personal;” es, si se quiere, el grado máximo de parcialidad que puede encontrarse en un funcionario, previo a la decisión misma. Ha dicho así aquel organismo que: “Es exacto que la causal de prejuzgamiento no se encuentra prevista en la reglamentación del art. 41, punto XII del decreto-ley N° 6.666/57²⁴³ y también lo es que esta materia de recusación, por su propia índole, resulta de interpretación restrictiva, como lo tienen decidido en forma reiterada tanto el fuero penal como el civil,²⁴⁴ pero también lo es, según con acierto se expresa a fs. 42, que, si bien el instructor no juzga y en consecuencia no prejuzga, emite en cambio opinión respecto del caso y reúne los elementos de juicio sobre los cuales ha de basarse en definitiva el veredicto de la Administración. Circunstancias todas ellas que obligan al sumariante a guardar imparcialidad en el ejercicio de tan fundamentales tareas.” “La imparcialidad exigida a las personas oficiales del proceso, cualquiera sea su cometido, se encuentra ínsita en la naturaleza de la investigación, porque hace a la esencia misma de la función jurisdiccional. De modo tal que, si se advirtiera en el sumariante una parcialidad manifiesta o tan sólo una forma en exceso subjetiva o poco ecuánime de recibir las probanzas pertinentes, debería a mi juicio ser separado del proceso administrativo por sospechoso de parcialidad aun cuando la causa de recusación no estuviera taxativamente prevista en la norma reglamentaria.”²⁴⁵

28. *La recusación sin expresión de causa*

El decreto-ley no admite este modo de recusar; sin embargo, no es tan convincente la exclusión de la recusación sin causa en el procedimiento administrativo, máxime si se tiene en cuenta que ésta sólo puede utilizarse una vez, que al producir la automática separación del funcionario recusado no requiere tramitación alguna y por lo tanto no demora en absoluto el trámite ni requiere prueba, etc.

A ello cabe sumar que por lo general más que una recusación “sin causa” se trata en verdad de una recusación sin *expresar* la causa:²⁴⁶ siempre es desagradable recusar por parcialidad manifiesta o enemistad personal, p. ej. y el instituto de la recusación sin expresión de causa viene a solucionar esa dificultad en forma aceptable para el particular y la administración.

Por otra parte, de admitirse como aquí postulamos la recusación sin expresar la causa, ella no podría en principio ser utilizada como maniobra dilatoria, precisamente porque no requiere tramitación alguna de prueba o alegación y

²⁴³ En ésta como en otras cuestiones, el criterio utilizado para interpretar una norma puede ser mantenido en el tiempo aun después de haber largamente cesado la vigencia de aquélla. Es lo que ocurre en el presente caso, en que el decreto-ley 6.666/57 fue derogado por el decreto-ley 22.140/80, que a su vez fuera derogado por la ley 25.164. Ver *supra* t. 1 cap. XIII, “Agentes públicos.”

²⁴⁴ *Fallos*, 4: 746 y 1: 525; *LL*, 110: 936 y 112: 790. ODERIGO, *Derecho Procesal Penal*, t. 1, p. 149, y COLOMBO, *Código de Procedimientos Civiles*, t. 2, p. 669.

²⁴⁵ PTN, *Dictámenes*, 93: 264.

²⁴⁶ Como acertadamente expresa el art. 14 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

puede ser decidida de inmediato; todo ello nos lleva a la conclusión que debiera admitírsela.²⁴⁷

29. *Personas que pueden ser recusadas*

29.1. *En general*

Todo funcionario puede ser recusado, no sólo el que debe tomar la decisión final, sino también los que toman las decisiones de trámite tales como apertura a prueba, gobierno, producción y control de la prueba, etc. Por la misma razón, es importante la recusación de los funcionarios que emitan pareceres técnicos o informes sobre cuya base se elaborará luego la decisión final. Un caso típico es el de los jurados, que si bien no deciden formalmente, lo cierto es que emiten opinión fundada sobre la cual luego se tomará la resolución en el concurso. Lo mismo cabe decir de las Juntas de Disciplina y de los organismos técnicos de información o asesoramiento letrado o de otra índole. Este criterio amplio es de antaño el receptado por las normas, p. ej. el art. 6° del decreto-ley, que dice en forma general que “Los *funcionarios y empleados* pueden ser recusados;” incluso la elección terminológica evidencia la intención normativa de dar amplitud al instituto de la recusación. Adviértase que no es ésta sino una más de la totalidad de normas que establecen la sinonimia entre funcionario y empleado.²⁴⁸ En la ley nacional de empleo público 25.164 y en general en las demás normas provinciales también se emplean las expresiones “empleo público,” “agente público,” “servicio civil” y “personal,” que son omnicomprensivas. Aun más, el decreto-ley de procedimiento administrativo, al referirse a “funcionarios y empleados” no sólo ha querido comprender a los agentes incorporados al entonces llamado Estatuto (hoy ley 25.164, “ley marco de regulación de empleo público nacional”),²⁴⁹ sino también a los agentes públicos excluidos de él pero que actúan en la administración pública: asesores de gabinete, secretarios de Estado, ministros, etc.²⁵⁰ En consecuencia de lo expuesto, ningún agente de la administración pública, cualquiera fuera la denominación de su cargo o función, está excluido de la regla de imparcialidad

²⁴⁷ Conf. HUTCHINSON, t. 1, *op. cit.*, p. 135, quien recuerda que la recusación sin causa deriva de la recusación por causa que puede reservarse, jurando no proceder con malicia, que contenía la antigua legislación española (Partidas 3ª y 9ª); y que suele entenderse respecto de este instituto que constituye un instituto utilizado por el litigante para elegir al agente que va a resolver el asunto, cuando, en realidad resulta necesario para el particular para obtener la separación del procedimiento del agente subjetivamente incompetente, por impedimento o sospecha; constituye una garantía de buena justicia que debiera aceptarse en el procedimiento administrativo, dado que el agente que ha sido influido realmente por el interés, el odio o la amistad, pudiera no abstenerse de conocer en el asunto “y tendríamos así el mayor de los males, que es la injusticia consciente y maliciosa.”

²⁴⁸ Explicada ya en el t. 1, cap. XIII, § 1, “La distinción doctrinaria entre funcionario y empleado público,” § 2, “Crítica conceptual” y § 3, “Continuación. Crítica legal.”

²⁴⁹ Esto lleva a un interrogante que ya hiciera MESSINEO, sobre los alcances de la abrogación de una norma abrogatoria. Ver nuestro art. “La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional),” *EDA* 2001-2002, pp. 571-88.

²⁵⁰ Ley 25.164, arts. 1° a 3°. Comp. SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECABARREN, *op. cit.*, p. 170.

que obliga a su necesaria separación del asunto cuando se da alguna de las causales de recusación previstas en la ley o en los principios de justicia natural que deben regir el problema.²⁵¹

29.2. *Individualización del o los recusados*

La recusación es a personas concretas, no admitiéndose “las recusaciones indiscriminadas contra todos los integrantes de un determinado organismo.”²⁵² Si se recusan varias personas, las causales deben ser alegadas probadas “con relación a cada una de las personas a que —concretamente— vaya dirigida la recusación.”²⁵³

29.3. *El caso del Presidente, el Jefe de Gabinete y los ministros*

En lo referente al Presidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros y los demás ministros y secretarios de Estado, no parece “absurda”²⁵⁴ la posibilidad de que ellos se excusen o sean recusados cuando tienen que decidir cuestiones en las cuales están personalmente interesados. Esta cuestión ha sido resuelta por el decreto-ley en forma favorable a la recusación. En efecto, si un candidato a Presidente tiene un juicio contra la Nación, parecería que hay incompatibilidad moral en que, electo Presidente, dictara un decreto desistiendo del juicio por parte de la Nación. Del mismo modo, si un empresario está interesado en una controversia administrativa y luego resulta nombrado ministro del ramo, parecería también que existe clara incompatibilidad en que resuelva como ministro su propia controversia particular. Por ello es que cuando hay causal de incompatibilidad en que el Presidente o un ministro decidan una cuestión, es tan obligatoria la excusación como procede a su vez la recusación de estos. Y en tales casos el procedimiento a seguir es que se resuelva por Decreto del P.E. cuál es el ministro que debe intervenir interina o sustitutivamente en la cuestión,²⁵⁵

²⁵¹ PTN, *Dictámenes*, 214: 166, “el asesor jurídico a cuyo cargo se encuentra la emisión de un dictamen previo a un acto administrativo es un funcionario susceptible de recusación.”

²⁵² PTN, *Dictámenes*, 130: 103, que agrega a renglón seguido, “máxime si con ello se pretendiera un efecto *sine die* y con relación a cualquier tipo de planteamiento que formulare el recusante.” Por otra parte, dicho organismo asesor ha declarado que “el instituto de la excusación es personal, no orgánico, y sin descontar que, en una misma causa, pueden estar involucrados en concreto más de un agente, no resultan viables las recusaciones o excusaciones indiscriminadas respecto de todos los integrantes de un área o sector de un organismo o respecto de la dependencia toda” (PTN, *Dictámenes*, 195: 191; 198: 34.) No es procedente la “recusación genérica” (PTN, *Dictámenes*, 193: 192; 200: 68; 210: 156; 214: 166.)

²⁵³ PTN, *Dictámenes*, 130: 103; 121: 43; 126: 225; 210: 156; 214: 166.

²⁵⁴ BIELSA, *Derecho administrativo, op. cit.*, p. 20; 1964, 6ª ed., p. 23. En los casos ocurrentes se han excusado expresamente de intervenir o han omitido intervenir.

²⁵⁵ El decr. del 11-I-63, B.O. del 16-I-63, admitió la excusación, en un recurso jerárquico, del ministro de Economía “Art. 2º: El recurso de referencia será tramitado por intermedio del Ministerio de Educación y Justicia;” en lugar de cambiar el funcionario, cambia el ministerio de tramitación: ello, desde el punto de vista práctico, resuelve la cuestión. En los casos de excusación o recusación de un ministro el recurso se tramitará —actualmente— en la Jefatura de Gobierno. Si la excusación o recusación lo fuera de éste, correspondería que se tramitara en presidencia.

o que el Presidente delegue el mando a ese sólo efecto en el Vicepresidente de la Nación; en otra variante, si el acto impugnado no es del propio Jefe de Gabinete de Ministros, sería también concebible que la potestad de decisión del recurso del que se trate sea delegada,²⁵⁶ igualmente, por decreto del P.E., en el Jefe de Gabinete de Ministros.

Siempre serán mejores estos procedimientos excepcionales, que permitir que un funcionario decida desde la función pública una controversia o cuestión en la que está personal y privadamente interesado. Es más correcto y moral lo primero que lo segundo y dado que, en definitiva, nuestro régimen de gobierno es el republicano (art. 1º de la Constitución), creemos que la solución jurídica debe inclinarse hacia esa corrección y moralidad y no hacia lo contrario.²⁵⁷

30. *Excusación. Causales que la hacen obligatoria o facultativa*

El art. 6º del decreto-ley remite al art. 30 del Código Procesal: todo funcionario “que se hallare comprendido en alguna de las causas de recusación mencionadas en el artículo 17 *deberá* excusarse. Asimismo *podrá* hacerlo cuando existan otras causas que le impongan abstenerse de conocer [...], fundadas en motivos graves de decoro o delicadeza.” En consecuencia de ello, el funcionario tiene la *obligación* legal de excusarse en los supuestos del art. 17, que ya hemos analizado;²⁵⁸ fuera de tales supuestos, en particular en las hipótesis de motivos graves de decoro o delicadeza, el funcionario tendría según el art. 30 del Código Procesal la facultad pero no la obligación de excusarse.

Ahora bien, estas disposiciones respecto al procedimiento administrativo no pueden considerarse derogatorias de las demás normas que rigen el comportamiento de los agentes públicos, sino que deben integrarse a ellas. Por lo tanto y conforme al inciso *k*) del art. 23 del régimen de la función pública, ley 25.164, el agente tiene también el *deber* de “excusarse de intervenir en toda actuación que pueda originar interpretaciones de parcialidad.” La causal de imparcialidad ya la hemos comentado,²⁵⁹ allí nos remitimos: es válido entonces a nuestro criterio tanto para la recusación como para la excusación.

En consecuencia de tales normas, el agente tiene la obligación de excusarse en los supuestos en que la recusación es procedente; también en los supuestos en que su actuación “pueda originar interpretaciones de parcialidad.”

Y puede asimismo excusarse alegando “motivos graves de decoro o delicadeza.” En cambio y a estar a la parte final del art. 30 del Código Procesal, “No será

²⁵⁶ Como dice el inc. 4º *in fine* del art. 100 de la Constitución nacional: “Ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el presidente de la nación.” Ver también *supra*, t. 1, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 9, “Delegación” y 10, “Admisibilidad y caracteres de la delegación.”

²⁵⁷ Conf. respecto a la admisibilidad de recusar los miembros del gabinete ministerial, WADE, *Administrative Law, op. cit.*, pp. 140-1; WADE y FORSYTH, *op. cit.*, pp. 472-3. En Costa Rica se admite la recusación de los ministros pero no del Presidente de la República: art. 236, inc. 5º.

²⁵⁸ Ver *supra*, § 26, “Causales comunes de recusación y excusación.”

²⁵⁹ Ver *supra*, § 27, “Otras causales de recusación.”

nunca motivo de excusación el parentesco con otros funcionarios que intervengan en cumplimiento de sus deberes.”

Si el funcionario no cumple con su deber de excusarse incurre en una falta administrativa que origina su responsabilidad disciplinaria y civil;²⁶⁰ sin perjuicio de que su actuación puede también invalidar el acto.²⁶¹

En cuanto a quiénes están obligados a excusarse, la norma del art. 6º no hace exclusión alguna. Otras legislaciones han limitado la obligación de excusarse a quienes tengan “facultad de decisión o que sea su misión dictaminar o asesorar,”²⁶² lo que no parece plenamente justificable, a menos que se entienda facultades de decisión en sentido omnicomprendivo de decisiones de mero trámite. De todos modos, pareciera que quien debe producir un informe, diligenciar una prueba, etc., también tiene que estar racionalmente comprendido en la obligación.²⁶³

El régimen del personal, por lo demás, establece la obligación de excusarse para todos los agentes sin excepción alguna.

31. Trámite

Una vez que el agente formula su excusación, debe elevarla de inmediato a conocimiento del superior jerárquico, “quien resolverá sin sustanciación dentro de los cinco días:” no parece necesario formar incidente por separado. Por lo demás la norma habla de que si el superior desestimare la excusación “devolverá *las actuaciones* al inferior para que prosiga interviniendo en el trámite,” lo cual sugiere que ha sido el expediente principal el que se elevó a su conocimiento.

Si bien esto puede provocar una breve interrupción del trámite normal del expediente, pensamos que es una demora intrascendente, y que no justifica formar incidente por separado.²⁶⁴ En cambio, provoca alguna preocupación que las partes y los terceros participantes en el procedimiento, que están involucrados en gran número de las posibles causales de excusación y recusación, sean mantenidos al margen de esta discusión.

Así como cuando el particular recusa al funcionario éste tiene oportunidad de incorporar su informe al expediente, pronunciándose sobre las causales alegadas, así también cuando es el funcionario el que se excusa debería darse traslado al particular afectado por la excusación para que tome parte en el debate. La

²⁶⁰ En este sentido la ley española en su art. 20, inc. 2º, ap. 5), aclara expresamente que “La no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad.” En cambio, la ley 25.188 de ética pública contempla en su art. 17 la nulidad del acto en los supuestos que derivan de los arts. 13 a 15. Ver FRANDSEN, *op. loc. cit.*

²⁶¹ Claro está que, como dice GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, *op. cit.*, p. 168, “la invalidez no se produce *necesariamente*, pero puede producirse en los casos en que el motivo de abstención tenga influencia decisiva en la formación de la voluntad del órgano.”

²⁶² Así Prov. de Buenos Aires, 6º; Córdoba, 60; Mendoza, art. 116.

²⁶³ Comp. SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECARBARREN, *op. cit.*, p. 170.

²⁶⁴ Ello, no obstante lo dispuesto en la última parte del art. 6º, que habla de “los incidentes” de recusación y excusación.

omisión puede configurar una lesión al principio de la garantía de defensa del particular y a una razonable igualdad de las partes en el procedimiento, máxime cuando la parte final del art. 6° establece que “Las resoluciones que se dicten con motivo de los incidentes de recusación o excusación y las que los resuelvan serán irrecurribles.”

Dada la transgresión constitucional que así se produciría y el vicio adicional de desviación de poder que en su consecuencia puede acarrear al acto, estimamos que es más acorde a derecho dar traslado a las partes, antes de dictar resolución, sobre todo si ésta ha de ser desestimatoria de la excusación.

VI. Responsabilidad del administrador

32. *Caracteres de la responsabilidad civil. Remisión*

La violación o el irregular cumplimiento de los deberes y facultades del administrador, hace al mismo responsable no sólo administrativa y penalmente, sino también civilmente. Es de recordar en este último aspecto que el art. 1112 del Código Civil establece: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este Título.”

Ello significa según explicábamos ya en otra parte, que el funcionario es responsable por los hechos y omisiones que impliquen un irregular cumplimiento de la función, sin que sea necesario que ese acto o hecho realizado u omitido estuviera expresamente contemplado en alguna norma legal o reglamentaria.²⁶⁵ Además las disposiciones constitucionales en particular obligan al funcionario, como así también lo hacen las supranacionales²⁶⁶ y su omisión de respetar los derechos individuales de los habitantes lo hace responsable ante el damnificado. La responsabilidad es en primer lugar por el daño pecuniariamente apreciable causado; así p. ej. si el obstaculizar a un particular hacer una reserva de cobrar intereses (o formular reserva de reclamar indemnizaciones por el daño ocasionado a un vehículo, etc.) implica el decaimiento del derecho del particular, entonces el funcionario será personalmente responsable frente a él por esa pérdida de su derecho, y deberá en tal caso indemnizarle el monto del daño que el mismo perdió de reclamar por su hecho irregular. Es de recordar que el funcionario es igualmente responsable por el daño moral que ocasione al tercero.²⁶⁷

²⁶⁵ Ampliar *supra*, t. 2, cap. XIX, “La responsabilidad civil de los funcionarios;” BALBÍN, *op. cit.*, t. 1, cap. VIII, § VII, pp. 730-732; VIRGA, *op. cit.*, pp. 59-61.

²⁶⁶ Esto es derivación razonada del fallo *Arce*, CSJN, LL, 1997-F, 697, con nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” LL, 1997-F, 696, reproducida en nuestra obra *Cien notas...*, *op. cit.*, § 76, p. 165.

²⁶⁷ Admitiendo tal rubro, CNFed. CA, Sala III, *Carusi*, 15-II-05.

33. Importancia práctica de la responsabilidad civil del funcionario

Esa responsabilidad del funcionario va en ciertos casos ligada a la responsabilidad del Estado y en tales hipótesis, en virtud de la conjunción de ambas responsabilidades, será necesario que el damnificado demande conjuntamente al funcionario y al Estado.²⁶⁸ La demanda contra el funcionario por daños y perjuicios, además de su significado concreto como acción de resarcimiento, tiene también una transcendencia más universal y permanente por su contenido punitivo sobre el funcionario negligente; no debe por ello ser dejada de lado en el total de los medios de defensa de que dispone el particular contra el Estado.²⁶⁹ De lo contrario ocurre que la responsabilidad del funcionario es asumida y pagada por la ciudadanía, como es en el caso del interventor federal.²⁷⁰

Por ello cabe otra vez aquí recordar a HAURIU: “No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que las costumbres de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque *la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor remedio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios.*”²⁷¹

La ley 25.188 de ética pública²⁷² permite obtener reparaciones civiles en sede penal, sea del propio Estado (art. 26) o de las víctimas o terceros (art. 27 inc. 2°),

²⁶⁸ Como lo hizo con heroísmo y espíritu ejemplificador *Tarnopolsky* en el patético caso que le tocó vivir: LL, 1996-C, 439. Perdida la vida de padres y hermanos, ya lo menos que se puede hacer es arriesgar la propia en, al menos, el castigo civil de sus responsables. La CSJN rechazó los recursos extraordinarios, imponiendo a los demandados el 90% de las costas, LL, 1999-E, 778.

²⁶⁹ *Supra*, t.2, cap. XVIII y XIX de la 3ª ed., XIX y XX de la presente edición.

²⁷⁰ ST Corrientes, 24-XI-05, Pérez Chávez, con nota de POLI, JUAN D., “El interventor federal y el convidado de piedra,” LL, 2006-E, 306.

²⁷¹ HAURIU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. I, París, 1928, p. 649. La bastardilla es nuestra. Hemos transcripto nuevamente aquí la cita de HAURIU ya incluida en el t. 2, cap. XIX, “La responsabilidad civil de los funcionarios” y XX, “La responsabilidad del estado y de sus concesionarios y licenciarios,” para destacar la importancia del tema; con todo, es obvio que el problema de fondo no se soluciona sólo con la responsabilidad civil del funcionario. Para otras medidas que podrían encararse ver *supra*, cap. I, “Las partes.”

²⁷² El tema, que introdujimos en la 4ª ed. del t. 1 (cap. XVI; reimpresión de la 5ª ed., 2000), se ha ido abriendo camino en el derecho administrativo argentino. Ver en especial MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces legales de la corrupción. (O de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla)*, Buenos Aires, Rap, 2007; PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, *Constitución y economía*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 79-82, quien recuerda que es una forma de desviación de poder; CAPUTI, *La ética...*, op. cit., p. 41 y nota 119, quien señala la conexión entre responsabilidad y corrupción.

agregando el decomiso y multas (arts. 26, 30, 38) más las costas (arts. 27 y 28.) Es un gran paso en la buena dirección, al menos normativamente.

Dicha normativa no se ha plasmado aún en una efectiva responsabilidad del funcionario: la realidad demuestra que —al menos en los juicios por corrupción— el Estado no recupera el dinero y a veces ni siquiera existe condena penal.

El juicio en el que se condenó a la ex secretaria de Medio Ambiente, María Julia Alsogaray a devolver al Estado \$3.179.207 por enriquecimiento ilícito, y el decomiso y subasta de un inmueble de su pertenencia para cubrir ese monto, se convirtió en el primer caso de recuperación de activos de corrupción en la Argentina.²⁷³

El acuerdo alcanzado en el marco del juicio seguido contra ex funcionarios del Banco Nación y directivos de IBM por las irregularidades de un contrato de informatización —por el cual los siete procesados, antes del juicio oral, aceptaron su culpabilidad y el reintegro de 18 millones de pesos, a cambio de penas más leves— va camino a convertirse en el segundo.

Quizá estos casos permitan alentar la esperanza de un cambio en el tratamiento judicial de estos delitos.

Se encuentra pendiente en la Argentina el debate sobre la posibilidad de aplicar el recupero una vez probado el origen ilegítimo de los fondos, aunque no exista aún condena penal. En posición histórica, los abogados del Estado no buscan recuperar activos antes de las condenas en ningún proceso de este tipo, en la inteligencia de que no se puede decomisar hasta no tener la confirmación de que el imputado cometió el delito.²⁷⁴

En el mencionado caso IBM—Banco Nación, el juez interviniente reclamó a Suiza en su momento, parte de los sobornos: 4,5 millones de dólares que habían sido depositados en un banco de ese país. Esos fondos fueron girados al Banco Ciudad, donde esperan la sentencia. Si hay condena, los 4,5 millones pasarán a las arcas del Estado. Pero no antes.

²⁷³ El relevamiento ordenado por el procurador general de la Nación sobre las causas penales donde se están investigando delitos económicos que afecten al Estado por montos superiores a los cien mil dólares —primera aproximación que se hace en el país desde un organismo público— permitió determinar que se investigan al menos 416 causas graves que representarían para el Estado una pérdida de, como mínimo, un monto equivale a los presupuestos anuales de Educación, Salud y Bienestar Social y Justicia juntos. De acuerdo a la información contenida en la base de datos del sitio web del Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE), el Estado perdió unos 13.000 millones de dólares entre 1980 y 2007 por la corrupción de sus funcionarios; de las 750 causas que llegaron a la Justicia, sólo un 3% terminó en condena. A diferencia del relevamiento oficial, el del CIPCE incluye el análisis de expedientes ya concluidos.

²⁷⁴ Ha habido un reciente avance en este sentido. A través de la Resolución PGN 129/09 se instruye a los fiscales a que, a fin de asegurar el recupero de activos de origen ilícito —especialmente en casos de corrupción, narcotráfico, lavado de dinero y trata de personas— una vez acreditados mínimamente los requisitos de procedibilidad de la medida cautelar, requieran al juez interviniente el embargo preventivo de los bienes que correspondan, con el objeto de asegurar tanto la indemnización civil como el decomiso. La decisión se funda en la aplicación del art. 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el art. 23 del Código Penal.

Un dato a destacar es la incipiente participación de la sociedad en las causas de corrupción y criminalidad económica.²⁷⁵

²⁷⁵ Dos organizaciones no gubernamentales, el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (Cipce) y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) se presentaron en cuarenta investigaciones, donde encontraron reacciones divididas: jueces que permitieron el acceso a las causas y otros que les negaron legitimación. En estos últimos casos, la Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal les reconoció la facultad de acceder a los expedientes, invocando los lineamientos fijados por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, conforme los cuales el Estado debe fomentar la participación activa de las personas y grupos que no pertenezcan al sector público en la prevención y lucha contra la corrupción, con medidas que tiendan a garantizar el acceso eficaz del público a la información. Para los camaristas, las dos ONG tienen un “interés legítimo en la medida que propician un mejor funcionamiento y transparencia en las funciones públicas, el seguimiento de causas judiciales y el diseño de políticas y acciones tendientes a la reparación del daño colectivo.”

Capítulo III

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

I. Concepto

1. *Concepto amplio*

1.1. *Medios de protección*

Recursos administrativos, en sentido amplio,¹ serían los remedios o medios de protección del individuo para impugnar los actos —*lato sensu*— y hechos administrativos que lo afectan y defender sus derechos frente a la administración.² Pero la tendencia se inclina a desenfatar este medio y hablar, más en general, de una “petición,”³ remedio,⁴ etc. Es el mismo criterio que ya explicamos para el derecho procesal administrativo: privilegiar la pretensión procesal y no la acción que la articula.

¹Ver CANOSA, ARMANDO N., *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 59 y ss.; “El concepto de recurso administrativo,” en AA.VV., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 584 y ss.; “Los recursos,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 97 y ss.; BOTASSI, CARLOS A., *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, p. 289.

²Ver CANOSA, *Los recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 66; BIANCHI, ALBERTO B., “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?,” *LL*, 1995-A, 397 y nota 62; “Entre el agotamiento de la instancia y el plazo de caducidad (¿A quién protege el procedimiento administrativo?)” en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, pp. 861-70, esp. p. 862; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Thomson/Civitas-La Ley, Buenos Aires, 2006, cap. XXIII, I, § 1, p. 526.

³Tal es el sentido que le damos a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, cap. XXII, § VI-1-A, p. 496 y ss., aunque también es posible dudar de nuestra lectura.

⁴ABERASTURY (H.), PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 137; SESÍN, DOMINGO J., “El principio del formalismo atenuado y sus consecuencias prácticas,” en AA.VV., *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, *op. cit.*, pp. 67-101, esp. p. 100; GORDILLO, AGUSTÍN y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed., pp. 495-6.

Por de pronto, cabe distinguir los recursos en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial. Los recursos existentes contra la actividad administrativa se dividen pues en

a) administrativos y

b) judiciales (que a su vez cabe distinguir según sean acciones o “recursos directos”⁵ y que pueden ser más o menos amplios según los distintos códigos procesal administrativos o “contenciosoadministrativos.”)⁶

Los primeros se tramitan ante las autoridades administrativas (o autoridades no administrativas pero que ejerzan función administrativa);⁷ los segundos son los que se tramitan ante un tribunal de justicia, imparcial e independiente según el sistema constitucional argentino.⁸ Existen desde luego muchas similitudes entre proceso y procedimiento y sus respectivos recursos.⁹

1.2. *Carga del administrado y privilegio incausado de la administración. Valladar para el acceso a la justicia*¹⁰

Pero hay una particularidad en diversos países, entre ellos el nuestro, que contribuye a darle al recurso administrativo “otro aspecto menos halagüeño: el de un auténtico privilegio de la Administración y, correlativamente el de una carga

⁵ Ver *supra*, t. 1, cap. IX, “Las funciones del poder,” § 13, “«Recurso» o «acción» judicial y facultades jurisdiccionales de la administración.”

⁶ Son notables a veces las marchas y contramarchas que se producen. A veces es la “mano destructiva del legislador” como señala PERRINO, PABLO E., “Silencio administrativo y tutela judicial efectiva” en BOTASSI (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP Librería Editora Platense, 2003, p. 482. Otras veces es la mano de la SCBA o de la CSJN.

⁷ Ver *supra*, t. 1, cap. IX, § 6, “Concepto orgánico-material de función legislativa” a 8, “El problema de la «jurisdicción administrativa»,” § 19, “Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración,” a 21, “Resumen de las funciones del Estado” y § 22.2, “Funciones de autoridades administrativas independientes” y t. 3, *El acto administrativo*, cap. I, § 11, “El acto administrativo —y no los contratos administrativos— de entes no estatales” a 13, “Club de campo y barrios cerrados,” donde explicamos la cuestión de los actos administrativos de personas no estatales. Ver también *infra*, cap. XI, “Recurso de alzada.” Queda finalmente la alternativa de que la administración no sea ejercida por órganos estructurados jerárquicamente sino por tribunales administrativos imparciales e independientes, sujetos a control judicial suficiente y adecuado. Ver las referencias de la nota 23. En cuanto al procedimiento recursivo ante los entes reguladores ver CÍCERO, NIDIA KARINA, “El Procedimiento Administrativo en los Entes Reguladores de los Servicios Públicos,” en TAWIL (dir.), *Procedimiento Administrativo, op. cit.*, pp. 543-563.

⁸ Ver *supra*, t. 1, cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” § 7, “Ámbito de la ley frente a la administración” a 19, “La costumbre. Concepto y admisibilidad en general.”

⁹ Ver también MORELLO, AUGUSTO MARIO, “Experiencias del procedimiento administrativo que pueden contribuir al mejoramiento del proceso civil,” *LL*, 1987-A, 1097; ver *supra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 1, “El proceso: concepto amplio” y ss.

¹⁰ Ampliar *infra*, § 18.3, “El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa,” de este cap.; cap. VIII, § 1.3, 1.5, 2.3.2, 2.3.6 y notas 59, 64, 180, 181. También cap. IX, § 13, “El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial,” nota 98; cap. X, § 1.3, “La tendencia propuesta (¿o real?)” y § 9.2, “Es una espada de Damocles;” cap. XI, § 5.2, “Elección de la vía judicial.”

efectiva del administrado”¹¹ para acceder a la tutela judicial. Hasta puede ser un riesgo y un peligro si se admite, como en teoría se lo hace entre nosotros, *la reformatio in pejus*;¹² en España, en cambio, unánimemente se la rechaza.¹³

Cuando la tutela judicial es efectiva, el recurso administrativo es un trámite molesto que se desearía poder evitar. Cuando el control judicial no funciona, el recurso administrativo se transforma en el único remedio disponible. En cualquier caso, es el precio que el ciudadano debe pagar para tener acceso a la vía judicial, unas horcas caudinas incompatibles con la garantía de pronto acceso a la instancia judicial. Por ello la respuesta provisoria que la doctrina contemporánea postula es que resulta una irrazonable restricción del acceso a la justicia.¹⁴ Ello, por ser innecesarios para la administración, que de rutina no los resuelve; por transformar “los fugacísimos plazos de interposición de los recursos en plazos de prescripción¹⁵ de los derechos sustantivos;”¹⁶ por ser una carga injustificable, demorar el acceso a la justicia y de hecho desanimar dicho acceso, etc. Se trata de un tema en el que conviene evitar todo dogmatismo jurídico o formulismo rígido, pues a veces la justicia es el único camino posible y otras lo es la administración. La mejor solución es dejar al propio interesado el derecho de acudir a la vía judicial en forma directa, o agotar si lo prefiere todo o parte de la instancia administrativa.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, cap. XXIII, I, p. 525. En igual sentido DIEZ SÁNCHEZ, JUAN JOSÉ, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas, 1992, p. 239 y sus referencias de p. 241. La percepción clásica era que el autocontrol de la administración, por los recursos de los particulares, es tanto un derecho como un deber de ella: GÓMEZ SANCHÍS, DANIEL, “La impugnación de la decisión en sede administrativa,” en *Manual de derecho administrativo*, FARRANDO (H.), ISMAEL y MARTÍNEZ, PATRICIA R., Directores, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 631. Esa percepción cambia con la nueva jurisprudencia que indicamos *infra*, nota 197; MILANTA, CLAUDIA A. M., “Proyección de la tutela judicial en materia administrativa. La fuerza normativa de la Constitución en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del año 2002/2003,” en BOTASSI (dir.), *Temas...*, *op. cit.*, pp. 451-79.

¹² ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado general del procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1967, pp. 319-20; 1996, p. 230 y ss.; COMADIRA, JULIO RODOLFO, “Modos anormales de terminación del procedimiento administrativo,” reproducido en *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed. actualizada y ampliada, cap. VII, p. 177 y ss., esp. 183, texto y nota 539, ver también p. 134; *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Buenos Aires, 1996, p. 23, nota 45; *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario al art. 1º, § 2.2, p. 53; HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley nacional de procedimientos administrativos. Reglamento de la ley 19.549*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 351; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 236; VILLARRUEL, MARÍA SUSANA, “Una aproximación a la *reformatio in peius* en el procedimiento administrativo,” *ED*, 185: 1238; en el derecho comparado, TREVIJANO FOS, JOSÉ A., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, vol. 1, Madrid, 1971, p. 436. Ver *supra*, cap. II, “El administrador,” notas 99, 114, 125 y 126.

¹³ Ley 30/1992, art. 119; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 548.

¹⁴ DIEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 232, 237, 239, 241 y ss.; BOTASSI, *Procedimiento...*, *op. cit.*, p. 294, nota 352. Ver en especial las lúcidas reflexiones de CANOSA, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 102.

¹⁵ Para peor, entre nosotros se pretende que sea de caducidad.

¹⁶ DIEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 241, quien recuerda en similar sentido a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, SANTAMARÍA PASTOR, PAREJO ALFONSO, PARADA VÁZQUEZ y FERNÁNDEZ PASTRANA.

Por lo demás, hemos seguido y profundizado lo que en España se denominó “la desvirtuación de la vertiente garantística de los recursos;” “la desfiguración de los recursos como medio de garantía.”¹⁷ Y no hemos podido armar ni mantener “un sistema inteligible y coherente para el ciudadano medio, lo cual conduce derechamente a la unificación del sistema,” pues la experiencia pasada ha sido, se cuenta, “el continuado fracaso de las pretensiones de unificación.”¹⁸ En suma y como dice SARMIENTO ACOSTA, los recursos administrativos “se han definido siempre como una carga para el particular, con la que ha tenido y tiene que apechar para interponer posteriormente el recurso jurisdiccional ante el órgano judicial competente;” ese carácter viene también dado “por un deficiente régimen jurídico, que ha contribuido a la acentuación de una posición privilegiada” de la administración. Todo indica y lleva a “que los recursos no se hayan definido como una garantía. Si a ello se le añade el excesivo rigor que en determinadas etapas ha observado la jurisprudencia, es fácil deducir que el instituto que analizamos se haya convertido en una asignatura pendiente” del derecho.¹⁹

Hoy en día se ha afianzado un control judicial más independiente y por ello habrá mayor uso de la posibilidad que brinda el decr. 977/95, de considerar agotada la vía administrativa por la mera decisión de cualquier órgano de rango menor, acudiendo en forma directa a la vía judicial y haciendo caso omiso de está plétora de remedios.²⁰ En tal sentido, el art. 15 del decr. 977/95 hace optativo el recurso jerárquico contra los actos definitivos emanados de los ministros, que anteriormente exigía el art. 90 último párrafo del reglamento como requisito para agotar la vía administrativa “*salvo el derecho del particular.*” Puede así, a su elección, interponer el recurso administrativo u ocurrir a la vía judicial.²¹

¹⁷ SARMIENTO ACOSTA, MANUEL J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1996, p. 404.

¹⁸ SARMIENTO ACOSTA, *op. loc. cit.*

¹⁹ SARMIENTO ACOSTA, *op. cit.*, p. 407. Véase en igual sentido RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “La violencia del procedimiento administrativo en la práctica,” *LL*, 2006-F, 897, y su descripción de los fenómenos fácticos que se suscitan en la administración frente a la interposición de recursos o reclamos administrativos en RODRÍGUEZ PRADO, “El procedimiento administrativo en la práctica. Principales cuestiones que se plantean,” en TAWIL (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, pp. 333-337.

²⁰ Que hasta permite hacer cuadros sinópticos. Ver y comparar GÓMEZ SANCHÍS, *op. cit.*, p. 645, quien amplía el cuadro que hiciéramos en la 3ª ed., 1980, cap. III, p. 8; MILANTA, “Proyección de la tutela judicial...,” en BOTASSI (dir.), *Temas...*, *op. cit.*, p. 421 ss.

²¹ Así lo hace México, art. 83, estableciendo “el ejercicio de recursos administrativos como una opción del interesado y no como una obligación.” BREWER-CARIAS, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, novena parte, secc. IV, § 2, p. 287. Asimismo, el acto emanado de la máxima autoridad, ya sea dictado de oficio o como resultado de la resolución de un recurso administrativo, es apto para agotar la instancia a fin de acceder a la vía judicial, ya que la interposición del recurso de reconsideración es optativa para el interesado, ver FLAX, GREGORIO A., “La razonabilidad de los recaudos extrínsecos de la «acción administrativa» y su incidencia sobre el derecho a la jurisdicción: el caso «Ramsay» y el agotamiento de la vía administrativa,” *JA*, 2003-III, suplemento del fascículo nº 5, p. 54 y ss. Ver también MILANTA, “Proyección de la tutela judicial...,” en BOTASSI (dir.), *Temas...*, *op. loc. cit.*

En los procedimientos especiales en que hay un órgano que actúa con imparcialidad e independencia en la emisión del primer acto administrativo,²² no resulta apropiado admitir la revisión administrativa y cabe exclusivamente acudir en forma directa a la vía judicial.

Es el sistema de los tribunales administrativos que emiten el primer acto administrativo en diversos países, fórmula que estimamos la más avanzada.²³

2. Diferencias

Ambos recursos difieren entonces por los caracteres que explicaremos a continuación, aunque la tendencia es hacia la unificación.²⁴

2.1. Autoridad que los decide

En el caso del recurso jurisdiccional, la autoridad que resuelve es un juez unipersonal o un tribunal colegiado, pero siempre imparcial e independiente, un tercero desinteresado del proceso. En el recurso administrativo, quien resuelve es en principio un funcionario administrativo, aunque esto admite excepción en el caso de las actividades administrativas de la Justicia y del Congreso.²⁵ Los procedimientos administrativos del Poder Judicial son resueltos dentro de su ámbito, discutiéndose si las potestades del control administrativo le corresponden en forma exclusiva al respectivo tribunal superior de cada jurisdicción, o si se trata de una facultad concurrente con otros órganos judiciales. Las actividades administrativas del Congreso son decididas por un legislador: El Secretario o el Presidente de cada Cámara. Lo mismo ocurre con los nuevos órganos constitucio-

²² Ello ocurre en nuestro país, p. ej., en materia de tutela administrativa del derecho del consumidor, en que “las resoluciones dictadas por la autoridad de aplicación son decisiones últimas, no susceptibles de ser revisadas por una autoridad superior y sólo atacables en sede judicial, descartándose por ende los recursos jerárquico y de alzada contenidos en la L.P.A.” BERSTEN, HORACIO LUIS, *Derecho Procesal del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 50.

²³ Ver nuestros trabajos “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726; “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, México, 2003, pp. 19-32. Ver también mi nota XX.2, “El procedimiento no es el problema sino el órgano,” pp. 524-B a 524-D, en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t.II, *op. cit.*

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. II, *op. cit.*, pp. 527-8, señalan que existe una tendencia hacia la “procesalización” del procedimiento administrativo y que sería “profundamente equivoco tratar de identificar ambas funciones.”

²⁵ SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 471; 3ª ed. act. por DANIEL MARTINS, Montevideo, 1974, p. 464; FIORINI, *Recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1963, p. 18; CANOSA, *Los recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 64. Acerca del concepto de función administrativa ver *supra*, t. 1, cap. IX; ver también BARRA, RODOLFO C., *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, p. 141 y ss. Ver la jurisprudencia y bibliografía citadas en el t. 3, cap. I, § 7, “Crítica del concepto orgánico o subjetivo,” nota 29 y § 8, “Continuación,” notas 31 a 33; SORIA, DANIEL FERNANDO, “Control judicial de los actos administrativos del órgano legislativo,” *LL*, 1988-B, 580.

nales “extrapoderes,” como el Consejo de la Magistratura,²⁶ el Defensor del Pueblo de la Nación,²⁷ la Auditoría General de la Nación²⁸ y el Ministerio Público. Es obvio que contra sus actos no procede otro recurso administrativo que el interno dentro de ellos. También puede tratarse, según hemos explicado en su lugar,²⁹ de un órgano de una persona no estatal, que no será por lo tanto agente público.

2.2. *Función que ejerce el que los decide*

En el recurso o acción jurisdiccional, el tribunal ejerce función jurisdiccional. En el administrativo, su resolución implica ejercicio de función administrativa, sea administrador, juez o legislador quien decide.³⁰ Por supuesto, en la medida que el progreso vaya decidiendo en nuestro país la implementación efectiva de tribunales administrativos realmente independientes e imparciales, sujetos a revisión judicial plena, es posible que este enfoque deba cambiar. Existen algunos pronunciamientos judiciales que permiten actualmente abrigar alguna esperanza al respecto,³¹ aunque la administración es manifiestamente reticente a aceptarlos o permitir que funcionen, y el legislador por su parte ha sido siempre remiso en profundizar el sistema o siquiera esforzarse porque al menos los existentes funcionen de acuerdo a la Constitución nacional. La sociedad y la doctrina, desde luego, tienen que cumplir su rol en la materia

2.3. *Carácter en que actúa quien decide*

En un caso es tercero imparcial, ajeno a la contienda; en el otro, sea funcionario, legislador o juez quien resuelve el recurso de su empleado, él actúa como parte. Una diferencia también fundamental, pero que no se da en todos los casos, hace al grado de autonomía que tiene quien decide. El órgano judicial actúa siempre por definición con independencia, no estando sujeto a órdenes o instrucciones. En cambio, en los recursos administrativos, el órgano puede actuar con mayor o menor autonomía y en la mayoría de los casos poca independencia, puesto que

²⁶ La CSJN lo considera parte del Poder Judicial. Pero es una cuestión semántica, ya que en todo caso el Consejo no depende de la CSJN. Por supuesto, en los últimos años se lo ha reformado inconstitucionalmente, pero es de esperar que el cambio político restablezca el indispensable equilibrio de sus componentes, lo integre o no la CSJN.

²⁷ Cabe destacar que poco a se ha ido extendiendo la sana tendencia de crear también defensores del pueblo a nivel local y de organismos o instituciones estatales específicas, como es normal en el derecho comparado. Desde luego, en este como en otros aspectos, estamos a la zaga.

²⁸ Para que funcione, claro está, requiere también un Congreso en funcionamiento, no paralizado como frecuentemente ocurre por culpa de nuestro sistema presidencialista.

²⁹ *Supra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. I, § 12, “Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales.”

³⁰ BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, 2008, p. 679, sostiene que el órgano competente para resolver el recurso administrativo es aquel que establece el decreto en cada caso particular, esto es, el órgano que dictó el acto o el superior jerárquico.

³¹ Ver D'ARGENIO, INÉS A., “La manera más conveniente de administrar el país (II),” en *LL, Supl. Adm.*, mayo de 2010, pp. 1-4. Ver también la primera parte de este brillante trabajo, “La manera más conveniente de administrar el país,” en *RPA*, 2009: 2/3.

está estructurado jerárquicamente.³² No es tampoco un tercero desinteresado del proceso, cualidad fundamental del juez.³³

Otra sería la cuestión si existiesen tribunales administrativos realmente imparciales e independientes, aunque estén formalmente en el marco de la administración pública, en tanto no se hallen formal o informalmente sujetos a órdenes, instrucciones, ni ningún otro tipo de interferencia, sugerencia, presión, *lobby*, etc. Pero la misma resistencia que encontramos en nuestra realidad a que los tribunales judiciales se creen en cantidad suficiente para atender la cantidad de litigios reales y potenciales, existe también para no crear tribunales administrativos imparciales e independientes, ni hacer siquiera funcionar los creados por ley pero no implementados.³⁴ Ello cambiaría mucho el panorama práctico y también doctrinal.

2.4. Extensión del control ejercido y legitimación

En un caso, el control es de legitimidad³⁵ y considera objetivamente la conformidad a todo el orden jurídico, incluso cuando no afecta los derechos del individuo o éste no los ha reclamado.³⁶ Es también control de oportunidad.³⁷ En el otro el control es sólo de legitimidad y tradicionalmente está destinado a restablecer el ordenamiento jurídico violado en cuanto infringe los derechos del individuo afectado y éste los ha reclamado; pero debe tenerse presente que esto se encuentra

³² Ver DE LA RÚA, *op. cit.*, p. 143; *supra*, t. 1, cap. VII, § 7, “Ámbito de la ley frente a la administración,” y ss. Dice DIEZ, *op. cit.*, p. 322, que “Se entiende que en el caso del recurso administrativo no se acude ante un órgano imparcial e independiente del que dicta el acto impugnado. Es la diferencia más notoria entre los recursos administrativos y las acciones judiciales;” HAUTMANN, LUIGI, *Del ricorso gerarchico*, Florencia, 1911, p. 86 y ss. Existen, no obstante, organismos dotados de “facultades cuasijurisdiccionales,” que poseen distintos grados de autonomía e independencia, como el Tribunal Fiscal de la Nación. Entre casos como éste y el clásico órgano administrativo subordinado o supraordinado jerárquicamente, que resuelve un recurso administrativo correspondiente al procedimiento administrativo ordinario, existe una amplia gama caracterizada por diferentes grados de autonomía e independencia que, no obstante, en ningún caso alcanzan los que caracterizan al órgano judicial.

³³ Ver nuestra *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, y en www.gordillo.com; *Une Introduction au Droit*, prólogo de SPIRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003; *An Introduction to Law*, prólogo de SPIRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003; se encuentra en preparación una edición en portugués; NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

³⁴ Ver *supra*, notas 23 y 31.

³⁵ Ver *supra*, t. 1, cap. X, “Clasificación jurídica de la función administrativa,” § 16, “Comparación entre legitimidad y oportunidad y actividad reglada y discrecional.”

³⁶ O sea, la ilegitimidad del acto es independiente de la legitimación para impugnarlo.

³⁷ Véase CANOSA, *op. ult. cit.*, p. 65. Cabe apuntar que algunos autores propugnan la ampliación del control de legitimidad, incluyendo la oportunidad. Así SOTO KLOSS, EDUARDO, “La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República,” en *La Contraloría General de la República*, Santiago, Universidad de Chile, 1977, pp. 165 y 182: “si el órgano administrativo actúa en el ejercicio de potestades públicas utilizando sus poderes en decisiones inconvenientes o inoportunas, parece igualmente insensato afirmar que tales decisiones, si bien inoportunas son legales;” “La oportunidad, pues, no es un agregado a la legalidad [...] oportunidad, conveniencia, mérito, son elementos que integran la potestad jurídica misma que el legislador ha conferido al administrador.”

en vías de cambio.³⁸ De todos modos, cabe tener presente que no se admite que la administración declare la inconstitucionalidad de una ley, aunque sí puede hacerlo respecto de un reglamento.³⁹ Lo mismo se aplica al orden jurídico supranacional e internacional. La diferencia se esfuma con las acciones de clase y la tutela de los derechos de incidencia colectiva en sede judicial.⁴⁰ El principio clásico en materia de legitimación era que en el primer caso se tutelaban solamente derechos subjetivos; en el otro, tanto derechos subjetivos como intereses legítimos.⁴¹ Sin embargo, tal diferencia tradicional dista mucho de estar vigente, sobre todo en el ámbito nacional.⁴² En todo caso y como mínimo corresponde introducir algunas cualificaciones. La primera es que muchas provincias tienen la tutela judicial del interés legítimo. La segunda nace con la irrupción de los derechos de incidencia colectiva a partir de 1994. Ellos obligan a que el control judicial deba dar mayor tutela de derechos.⁴³

³⁸ Ver CNFed. CA, Sala II, *Gambier, LL*, 1999-E, 624 y *supra*, t. 2, cap. III, § 6.6, “El caso del ciudadano *Gambier*. El derecho a la vigencia del principio de legalidad. Otros derechos colectivos;” CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, “La legitimación de los ciudadanos para accionar judicialmente en defensa de los intereses generales —Una perspectiva del modelo norteamericano y su relación con el argentino,” *ED*, 185: 805.

³⁹ Ver *supra*, t. 1, cap. VII, § 8, “La administración frente a la ley inconstitucional,” así como nuestra postura originaria en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 71, nota 37. Ver BIANCHI, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, 2ª ed., t. 1, pp. 258-68, y posturas doctrinarias reseñadas en pp. 261-2, especialmente: LINARES, JUAN F., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 142; SARMIENTO GARCÍA, JORGE, *La jefatura administrativa del presidente de la Nación*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, 1986, p. 233; QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978, p. 478 (negativas), y por MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, 5ª ed., t. I, § 120, p. 430, nota 122; SAGÜES, NESTOR, *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 1992, 3ª ed., t. I, § 100-b, p. 238; GIULIANI FONROUGE, CARLOS (NAVARRINE, S. - ASOREY, R., acts.), *Derecho financiero*, Buenos Aires, Depalma, 1993, 5ª ed. act., t. II, § 381, p. 775; BIDEGAIN, CARLOS M., “El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro,” en AAVV, *120 años de la Procuración del Tesoro*, Buenos Aires, 1983, p. 45; COMADIRA, JULIO R., “La posición de la administración pública ante la ley inconstitucional,” en *RDA*, Buenos Aires, año 1, N° 1, pp. 151-65, esp. p. 160 y ss. Sobre la no aplicación de la ley inconstitucional si ya ha sido declarada en sede judicial, ver art. 12, Código Fiscal bonaerense y decreto ley orgánico del Tribunal Fiscal de la Prov. de Bs. As., dec. ley 7603/70, art. 14.

⁴⁰ CARELLO, LUIS ARMANDO, “La Convención Interamericana contra la Corrupción y el «derecho a la no corrupción»,” en DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *50 años de Derechos Humanos*, Santa Fe, 1998, p. 25 y ss.; ver también nuestros arts. “Los grandes fallos de la actualidad,” en *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. XI; “La legitimación,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, CA, 1998, pp. 441-7; “«Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción»,” *LL*, 1997-E, 1091; *supra*, t. 2, caps. II a IV.

⁴¹ Como es el caso de la Ciudad de Buenos Aires, Provincia de Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Formosa, Mendoza, Santa Fe, etc. Ampliar en DROMI, JOSÉ ROBERTO, *Proceso administrativo provincial*, Mendoza, 1977, pp. 117-20; BARRA, *Principios...*, op. cit., p. 259 y ss., esp. p. 273, donde critica la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo. Todos los proyectos actuales incluyen el interés legítimo y por la Constitución Federal deben tutelar los derechos de incidencia colectiva de sus arts. 36 a 43 y los que nacen de los tratados tales como los del art. 75 inc. 22 y otros (v.gr., la Convención Interamericana Contra la Corrupción.) Ver la remisión a CARELLO, *supra*, nota 35.

⁴² Ver *supra*, notas 31 y 33.

⁴³ Ver *supra*, t. 2, caps. II a IV.

2.5. *Facultades procedimentales del órgano decidente*

El tribunal judicial no actúa usualmente de oficio, aunque muchos jueces y tribunales de alzada han aumentado su actividad instructoria. Realizan cada vez más actividades probatorias de oficio que les permiten llegar a la verdad material y hacer mejor justicia. La administración, por su lado, debe ser diligente y pacientemente instada por el recurrente, pues la actividad instructoria no se da en la práctica.

La impulsión del proceso clásicamente pertenece a las partes, pero hay casos de actuación de oficio, como la aplicación de oficio del vencimiento del plazo de caducidad para impugnar el acto administrativo.⁴⁴ Prevalece además el principio de la verdad formal. En el trámite de los recursos administrativos el administrador tiene indubitables facultades para actuar de oficio,⁴⁵ impulsar el procedimiento e instruir la prueba⁴⁶ y prevalece el principio de la verdad material.⁴⁷ Estas distinciones teóricas no siempre son ciertas en la práctica, pero con frecuencia es la justicia la que suple —en el eficaz amparo por mora— la morosidad e inactividad administrativa.

2.6. *Naturaleza del acto que decide el recurso*

En un caso se trata de una sentencia cautelar o definitiva; en el otro de un acto administrativo.⁴⁸

2.7. *Estabilidad de la decisión*

En el primer caso la sentencia es vinculante para el juez y se torna inmutable; en el segundo la administración sólo está parcialmente limitada⁴⁹ y puede en ciertos casos pedir judicialmente su anulación en la acción de lesividad.

⁴⁴ Así lo resolvió la CSJN *in re Gorordo, LL*, 1999-E, 186.

⁴⁵ Comp. COMADIRA, *Procedimiento administrativo y denuncia...*, *op. cit.*, pp. 16, 25 y ss.; *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional...*, *op. cit.*, comentario al art. 1º, § 2.3, pp. 55-7; *Derecho Administrativo. Acto...*, *op. cit.*, cap. V, § 3.3, pp. 136-8.

⁴⁶ LANDIS, JAMES, "The Administrative Process," en SCHUCK, PETER, *Foundations of Administrative Law*, Nueva York y Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 16: "Las facultades de la agencia para iniciar actuaciones existen porque satisfacen una antigua necesidad sentida en nuestro derecho [...] Otra distinción significativa entre procedimiento administrativo y judicial es el poder de investigación «independiente» que posee aquélla [...] Igualmente merece mención la facultad de la administración de llevar a cabo investigaciones independientes como preludio [...] a la implementación de políticas, por vía de la resolución de casos."

⁴⁷ COMADIRA, *Procedimiento administrativo y denuncia...*, *op. cit.*, p. 23; *Procedimientos Administrativos*, *op. cit.*, § 2.2, pp. 53-5; *Derecho Administrativo*, cap. V, § 3.2, pp. 134-6.

⁴⁸ SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, 1ª ed., p. 471; p. 220 nota 3; 3ª ed., p. 464; ULE, CARL HERMANN, *Verwaltungsprozessrecht*, Munich y Berlín, 1961, 2ª ed., p. 14; CAMMEO, FEDERICO, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1960, p. 669; BREWER CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, UCV, 1964, pp. 238-9.

⁴⁹ Entre nosotros, por la llamada "cosa juzgada administrativa" o estabilidad del acto administrativo. Ver *supra*, t. 3, cap. VI.

2.8. *Congruencia con los precedentes*

En todo el mundo se han ido acercando en la práctica los sistemas jurídicos, tanto sea el continental Europeo como el del *Common Law*.⁵⁰ Iguales razones militan para el principio de congruencia en materia administrativa, aunque esto no se respeta siempre en la realidad de cada país concreto.⁵¹

2.9. *Recurribilidad de la decisión*

La decisión del recurso administrativo, que como dijimos constituye un acto administrativo, es a su vez impugnabile por nuevos recursos administrativos y acciones jurisdiccionales.⁵² La decisión de la acción judicial, en cambio, sólo es susceptible de ser impugnada por otros recursos judiciales en el orden interno y luego por los remedios internacionales, tales como la ComisiónIDH y la CorteIDH.

2.10. *Unidad de acción, pluralidad de recursos*

En el proceso administrativo argentino existen diferentes supuestos a considerar: a) sólo una acción, en principio para la defensa del derecho subjetivo; es la situación clásica en el orden nacional, a la que corresponde hoy agregar los derechos de incidencia colectiva;⁵³ b) dos o más acciones, defensa tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo; es la situación de los códigos de la mayor parte de las provincias, a los que cabe agregar los derechos colectivos de la Constitución de 1994;⁵⁴ c) una sola acción para la defensa tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo; es la situación en Formosa, Mendoza⁵⁵ y tanto en la Provincia

⁵⁰ Para una exposición sumaria del tema ver *supra* t. 1, cap. I, § 1.5, “*Common Law* y Derecho continental Europeo;” para un mayor desarrollo ver *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003; versión francesa en *Une introduction au Droit*, Londres, Esperia, 2003; en castellano como *Introducción al derecho*, publicado como e-book en www.gordillo.com. Las tres versiones son libremente accesibles en dicho sitio de internet.

⁵¹ Comparar, p. ej. GOODMAN, LEONARD S., *The Process of Ratemaking*, Vienna, Virginia, PUR, 1998, t. I, p. 133; SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP, Marcial Pons, 2003, esp. pp. 89-90.

⁵² SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, 1ª ed., p. 471; 3ª ed. por DANIEL MARTINS, p. 464; ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, Giuffrè, 1958, p. 74. Si la ley permite la elección alternativa de la vía judicial o administrativa y determina expresamente que la elección de una implica la pérdida de la otra, entonces cuando el recurrente elige la vía administrativa debe entenderse que no habrá recurso judicial contra la decisión administrativa, salvo el recurso extraordinario. Ver CSJN, *Fallos*, 194:187, *Stocker y Cia*; Cámara Federal de la Capital, *JA*, 37: 918, año 1932, *Aduana de la Capital v. Agente y Capitán del Vapor “San Francisco.”*

⁵³ Que explicamos *supra*, t. 2, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva” y III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

⁵⁴ Comp. BERÇAITZ, MIGUEL ÁNGEL, “Proceso y procedimiento contencioso administrativo,” en *RAP*, 44: 121, Madrid, 1964, especialmente pp. 138-9; DROMI, *Proceso...*, *op. cit.*, p. 116 y ss.

⁵⁵ Esta solución de la unidad de acción y pluralidad de pretensiones se encuentra esbozada en nuestro país primero en el Código de Santiago del Estero, como adelanta BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 139 y luego más claramente formulada en los códigos de la Provincia de Buenos Aires, Formosa, Mendoza y otros.

como la Ciudad de Buenos Aires.⁵⁶ Esta última tendencia del derecho procesal administrativo se denomina “unidad de acción, pluralidad de pretensiones” y parece la orientación correcta. Cabe, como en los otros casos, agregar los derechos de incidencia colectiva incorporados por la reforma constitucional de 1994, con plena y directa e inmediata operatividad, que obligan por lo tanto a su necesaria tutela tanto en sede judicial como administrativa sea en el orden federal como en el provincial o municipal. En el procedimiento administrativo siempre se ha permitido la defensa del derecho subjetivo y del interés legítimo, pero en cambio se ha pecado por un exceso en los medios de impugnación disponibles. Ello puede advertirse en los cuadros sinópticos que realiza GÓMEZ SANCHÍS al efecto.⁵⁷

No obstante, es preciso advertir que la reforma del reglamento de procedimientos administrativos realizada por el decr. 1883/91 ha suprimido los recursos denominados de apelación menor y mayor, que contemplaba el art. 87 del texto previo a la reforma. Estos recursos, aunque habían sido objeto de crítica por la doctrina⁵⁸ e incrementaban la complejidad del procedimiento, contaban a su favor con su carácter voluntario; empero, ello en definitiva no se traducía en un incremento de las posibilidades reales de defensa del particular.⁵⁹ En cualquier caso, la reforma ha simplificado el procedimiento, quedando como únicos recursos, en sentido estricto, los de reconsideración, jerárquico, alzada⁶⁰ y revisión. Como decimos al comienzo uno de los objetivos finales es también en esta materia llegar a la unidad del recurso administrativo.

2.11. *Onerosidad o gratuidad*

En el orden judicial impera el principio de las costas al vencido, con pocas excepciones,⁶¹ mientras que el procedimiento administrativo es gratuito.⁶² No

⁵⁶ En la primera lo anticipó HUTCHINSON, *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 76 y ss., esp. p. 80 y lo confirmó la SCBA en *Rusconi, LL*, 1996-C, 20, año 1995 con nota de BOTASSI, “El proceso administrativo bonaerense con base en el interés legítimo.” El paso final lo dió el Código actual. Ver el art. 10 del decreto-ley 7647/70. Lo mismo vale, *mutatis mutandis*, para el Código de Santiago del Estero, art. 1°. En igual sentido, ver las leyes de la provincia de Buenos Aires 11.723, ley ambiental; 12.475, acceso a la información; 13.133, Código del Consumidor y el Usuario.

⁵⁷ GÓMEZ SANCHÍS, *op. cit.*, pp. 657-8.

⁵⁸ HUTCHINSON, t. II, *op. cit.*, pp. 410 y 422, LINARES, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pp. 373-5. Comp. nuestro análisis previo de tales recursos, en la 3ª ed., 1980, cap. XIII, § 10 a 13, pp. 17-26.

⁵⁹ En contra, HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 423; *Régimen de Procedimientos Administrativos – Ley 19.549*, Buenos Aires, Astrea, 1998, 4ª ed., p. 191, en que lamenta, con relación a la supresión de estos recursos voluntarios, que “Los reformadores continuaron con una costumbre que la sociedad ya ha abandonado: que el Estado decida qué es lo que le conviene o no al particular.”

⁶⁰ Con limitaciones y exclusiones que explicamos en el cap. XI, “Recurso de alzada.”

⁶¹ En Formosa no se aplican costas al vencido en la pretensión de anulación (art. 72), para tratar de revertir la tradición argentina de no impugnar judicialmente los actos administrativos. En la Prov. de Buenos Aires, las costas son —en principio— en el orden causado, art. 51 de la ley 12.008, modif. por la ley 13.101.

⁶² Bolivia, art. 4º, inc. o); Brasil, art. 2º, inc. XI); Costa Rica, art. 328; Chile, art. 6º y Perú, art. 47.2.

existe sellado, ni impuesto de actuación,⁶³ ni condena administrativa en costas.⁶⁴ Hacer un recurso administrativo puede no costar nada;⁶⁵ interponer una demanda generalmente no resultará gratuito.⁶⁶ Si la cuestión tiene monto determinable el 3% de tasa de justicia es implacable;⁶⁷ a lo que hay que agregarle las costas ajenas y las propias en caso de perder.

2.12. *Intervención profesional requerida*

En las acciones judiciales se exige el patrocinio letrado; en los recursos administrativos no es necesario,⁶⁸ aunque se lo puede exigir a título expreso.

La tradición en la materia era adversa al patrocinio letrado en asuntos de poca significación económica.⁶⁹ Es que existe una percepción generalizada de que la intervención letrada puede predisponer mal a los funcionarios;⁷⁰ ello no excluye que el escrito tenga todo el desarrollo jurídico que desee.

Sin embargo, en años recientes se ha vuelto cada vez más común utilizar el patrocinio letrado en las presentaciones administrativas para asegurar mayor

⁶³ Alguna que otra provincia se atiene todavía a la ya superada regla del sellado de actuación, como explican FERULLO, GUSTAVO CÉSAR y GRAU, CÉSAR ANTONIO, *Procedimiento y recursos administrativos en la Provincia de Santa Fe*, Rosario, Fas, 1997, cap. II, “De la reposición de sellados y otros gravámenes o tasas,” pp. 39-47.

⁶⁴ Salvo el derecho a demandarlo judicialmente: CNFed. CA, Sala I, *Copani, LL*, 1997-D, 694.

⁶⁵ Lamentablemente existen algunos ordenamientos como el Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que exige el pago de un derecho de timbre antes de cualquier presentación, ver BARBARÁN, JOSEFINA “El agotamiento del administrado,” *LL*, 2005-E, 1120.

⁶⁶ POSNER, RICHARD, *Economic Analysis of the Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1992, 4ª ed., p. 581, compara los efectos de limitar el acceso a una decisión judicial a través de dos sistemas, el de la legitimación (*standing*) y el de la onerosidad —proporcionada al servicio que se obtiene, según el mencionado autor, o “compensatoria”— del proceso judicial: “Las costas plenamente compensatorias posibilitarían la eliminación de la exigencia de la legitimación activa [...] Si los litigantes tuvieran que sufragar todos los costos de empleo del sistema judicial [...] la justicia no tendría ya que preocuparse por el interés, en el caso, de los litigantes. El litigante compararía el beneficio de demandar, con los plenos costos sociales de demandar y si el primero fuere superior a los segundos, demandaría [...] Así, las [actuales] reglas de legitimación se asemejan a los requisitos de monto mínimo para demandar; desde un punto de vista económico ambas son inferiores con respecto a las costas realistas como medio para racionar el acceso a los tribunales.”

⁶⁷ Ver nuestra obra *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 16, “La implacable tasa de justicia,” p. 63; § 63, “Hasta tanto una docente jubilada mejore su fortuna,” p. 143. Limitar la posibilidad de demandar al Estado al pago previo de una tasa de justicia resulta, en la práctica, violatorio de la garantía nacional y supranacional del libre y pleno acceso a la justicia.

⁶⁸ ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 39. La CSJN, en *Lewkowicz, LL*, 1993-B, 185 sostuvo que “en nuestro sistema no existen estructuras sacramentales para los reclamos efectuados por la vía administrativa sino que, por el contrario, se admite el principio del formalismo moderado en que el particular puede actuar sin patrocinio letrado, de tal modo que el propio ordenamiento jurídico es el que ofrece mecanismos de protección para garantizar la defensa en juicio y el debido proceso” (cons. 4º); *Fallos*: 315-2: 2762.

⁶⁹ Es ésta una regla consuetudinaria de la cual es muy difícil lograr una explicación racional. Para el régimen de procedimiento formal de dictado de actos de *adjudicación*, con intervención de letrado, y otros procedimientos informales, ampliar en STRAUSS, PETER, “An introduction to administrative justice in the United States,” en PIRAS, ALDO (ed.), MOTZO, GIOVANNI (coord.), *Administrative Law. The Problem of Justice*, Milano, Giuffré, 1991, t. I, pp. 657-66.

⁷⁰ CANOSA, “Los recursos,” *op. cit.*, pp. 101-2.

nivel de respeto mínimo a las garantías básicas del procedimiento administrativo y para mejor preconstituir la prueba en preparación para la eventual instancia judicial.

Lo que quizás sea más importante, en la justicia, la dirección del proceso está en manos de abogados,⁷¹ en tanto que en la administración la dirección del procedimiento no está en manos letradas. La frecuente y hasta constante consulta a los departamentos legales de cada repartición no altera esta diferencia fundamental en el poder de decisión respecto de cada acto y etapa procedimental.⁷² El trámite previsible de un recurso administrativo y de una acción son así sensiblemente diferentes.

2.13. Dirección del proceso y del procedimiento

No obstante que uno de los datos teóricamente caracterizadores de la actividad administrativa es la jerarquía, lo cual supondría una gran unidad de acción⁷³ y una al menos clara dirección del procedimiento, ello no ocurre así en la realidad. Nadie en verdad dirige centralizadamente el procedimiento, salvo quizás algunos pocos procedimientos especiales y se plantea con ello uno de los grandes problemas de la organización administrativa: La falta de coordinación, de dirección.⁷⁴

En cambio, dado que el proceso está siempre en manos de autoridades judiciales autónomas que lo dirigen y no se renuevan con la periodicidad de la administración, existe una apreciable unidad en la conducción del proceso, incluso cuando prima más agudamente el principio de la impulsión o instrucción por las partes y no por el juez. Los profesionales que tramitan juicios en tribunales tienen generalmente en claro a quién corresponde pedir cada cosa y quién debe decidirla. Ello no siempre es así en el procedimiento administrativo, donde el problema es encontrar el funcionario adecuado que asuma la responsabilidad de adoptar tal o cual decisión procedimental. Esto influye en el recurrente al recurrir, en modo diferente de como lo hace el litigante al accionar.⁷⁵

⁷¹ Comparar el procedimiento ante los tribunales administrativos norteamericanos, que tiene mayor intervención de abogados y el procedimiento inglés, con menor intervención, en SCHWARTZ y WADE, *Legal Control of Government*, Oxford (UK), 1972, pp. 108 y ss., 134 y ss. POLLARD, ROBERT, *Administrative Tribunals at Work*, Londres, 1950, p. 6, compara el comportamiento de los profesionales ante la administración y la justicia. Un lúcido análisis de la actuación de legos y letrados en el procedimiento administrativo en BOSCH, JORGE TRISTÁN, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953, pp. 134-6.

⁷² SCHWARTZ y WADE, *op. cit.*, pp. 108-34.

⁷³ HAUTMANN, *op. cit.*, p. 85, § 44.

⁷⁴ BLANCO DE TELLA, LUIS y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Organización y procedimiento administrativo*, Madrid, 1975; BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, Caracas, 1978, p. 123 y ss. Cfr. VIRGA, PIETRO, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffré, 1999, 5ª ed. act., t. 2, *Atti e ricorsi*, p. 59 y ss.

⁷⁵ Ver lo que decimos respecto a la delegación en sede judicial y en otros ámbitos del poder en NIETO y GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, comentario nº 17, "El sistema, la vida, los tribunales," pp. 86-91.

2.14. Otras diferencias de procedimiento

Cabe agregar la distinta regulación y principios del procedimiento administrativo y judicial.⁷⁶ Ese diferente contexto se traslada al medio analizado.⁷⁷

3. Recurso, reclamación y denuncia

En un sentido más restringido puede distinguirse entre los distintos remedios administrativos para la defensa del administrado ante la administración, los “recursos” *stricto sensu* “impugnación de actos,” las “reclamaciones” y las “denuncias”⁷⁸ (todos en la actualidad incluyen también los derechos de incidencia colectiva).⁷⁹ No nos parece necesario suprimir el empleo genérico del término y por ello hablaremos indistintamente de “recurso” en el sentido de “remedio administrativo” o en el más específico que la palabra tiene en doctrina, como medio de impugnación de actos o impugnación específica y concreta de alguno de ellos.⁸⁰ No parece todavía posible utilizarlo semánticamente en el sentido de carga del particular o privilegio de la administración, sin perjuicio de que suelen serlo.

3.1. En la doctrina

La distinción conceptual doctrinaria entre recurso, reclamación y denuncia estriba en que:

3.1.1. En primer lugar, con el recurso se atacan sólo actos administrativos,⁸¹ mientras que con la reclamación y la denuncia pueden impugnarse tanto actos como hechos u omisiones administrativas;

⁷⁶ A su vez, para ubicarse en nuestra visión del contexto práctico del procedimiento y del proceso, nos remitimos al t. 2, caps. X, “El procedimiento administrativo en la práctica,” XII, “La licitación pública,” XIII, “La tutela judicial,” XIV, “Problemas del acceso a la justicia” y XV, “Comparación del control administrativo y judicial;” ver también COMADIRA, *Procedimiento administrativo y denuncia...*, *op. cit.*, p. 13 y ss.

⁷⁷ P. ej., la tensión “publicidad-secreto” que analizan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 486.

⁷⁸ El Decreto 229/00 estableció la obligación de la Administración de resolver las peticiones, solicitudes y denuncias. SOLER, ANALÍA, “Lineamientos Generales del sistema de impugnación en sede administrativa,” en TAWIL (dir.), *Procedimiento Administrativo*, *op. cit.*, p. 340.

⁷⁹ *Supra*, t. 2, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva” y III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

⁸⁰ BIELSA, RAFAEL, *Conceptos jurídicos y su terminología*, Buenos Aires, Depalma, 1987, 3ª ed., pp. 58 y 60.

⁸¹ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, 1ª ed., p. 535 y 2002, 2ª ed., p. 559; *Los recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 36; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, t. II, Madrid, Civitas, 1997, pp. 1694 y ss. y 1705 y ss.; VILLAR y ROMERO, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1948, 2ª ed., p. 124 y ss.; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 288; REAL, ALBERTO RAMÓN, “Recursos administrativos,” en *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, t. 3, n° 1/4, p. 19, año 1962; LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, 1978, 6ª ed., p. 648.

3.1.2. En segundo lugar, con el recurso y la reclamación pueden defenderse derechos subjetivos o intereses legítimos, mientras que con la denuncia pueden defenderse intereses simples;

3.1.3. Por último, si bien hay obligación de tramitar y resolver los recursos, no la hay —al menos en principio— para la simple denuncia.⁸²

3.1.4. Cabe recordar como una nota diferencial entre los recursos y las reclamaciones que mientras los primeros tienen plazos de interposición —salvo la denuncia de ilegitimidad—,⁸³ las segundas carecen de plazos y pueden ser deducidas en cualquier momento, con la única salvedad de la prescripción.

3.2. *En la práctica argentina*

Sin embargo, no toda esa formulación teórica se adecua exactamente al actual estado del derecho y la práctica argentina.

Según dijimos ha imperado en ella, desde hace muchos años, una fuerte tendencia a la simplificación del procedimiento, quitándole un eventual carácter excesivamente formal, y en ello ha incidido el decreto 1883/91.⁸⁴ Ello ha contribuido a que se desdibujen parcialmente las diferencias conceptuales entre unos y otros medios de defensa de los derechos del particular.

3.2.1. En lo que hace a la primera caracterización, no tiene variante en la práctica administrativa. En cuanto a la *queja*, procede también contra los hechos irregulares cometidos por la administración en la tramitación del procedimiento.⁸⁵ Se ha seguido así la orientación del derecho español, que no lo llama ya “recurso de queja,” sino simplemente “queja,” asimilándolo a las reclamaciones y excluyéndolo de los recursos en cuanto a la denominación.⁸⁶ Otra doctrina considera a la queja como una reclamación⁸⁷ y señala que a diferencia de los recursos, que

⁸² ZANOBINI, *op. cit.*, p. 71; FRÁGOLA, UMBERTO, *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, 1948, p. 242; GUICCIARDI, ENRICO, *La giustizia amministrativa*, reimpresión, Padua, 1957, pp. 96-7; LANDI y POTENZA, *op. cit.*, p. 638; COMADIRA, *Procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, p. 55; *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional...*, *op. cit.*, comentario al art. 1º, § 3.2.2.1, p. 70; *Derecho Administrativo. Acto...*, *op. cit.*, cap. VIII, § 1, p. 200. La administración tiene la obligación de tramitar y resolver la denuncia “siempre que exista una base racional para admitir la veracidad de la misma,” como dice GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., pp. 284-5 y 2ª ed., pp. 292-3.

⁸³ Algunos autores lo llaman reclamación y no recurso: HUTCHINSON, t. II, *op. cit.*, p. 295 y ss.

⁸⁴ Texto ordenado del decreto-ley 1759/72, reglamentario del decreto-ley 19.549/72.

⁸⁵ Nuestro art. 71 expresa: “*Queja por defectos de tramitación e incumplimiento de plazos ajenos al trámite de los recursos*. Podrá ocurrirse en queja ante el inmediato superior jerárquico contra los defectos de tramitación e incumplimiento de los plazos legales o reglamentarios en que se incurriere durante el procedimiento y siempre que tales plazos no se refieran a los fijados para la resolución de recursos.” Como se advierte, la norma evita la denominación de “recurso” o la de “reclamo” y emplea el término genérico “ocurrir.”

⁸⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 36; VIVANCOS, EDUARDO, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, pp. 128-83; BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, “Del recurso de queja a la queja,” en *Revista de Administración Pública*, 27: 181, Madrid.

⁸⁷ HUTCHINSON, t. II, *op. cit.*, pp. 295-8.

proceden solamente contra actos administrativos, la queja procede contra “defectos de tramitación e incumplimiento de plazos,” es decir, contra actos, hechos u omisiones. Otros la denominan “reclamación en queja”⁸⁸ o sostienen que la queja, más que un recurso, es una vía “que da idea de camino, que lo es, para lograr la modificación de una conducta administrativa.”⁸⁹ También la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido este criterio.⁹⁰

3.2.2. En lo atinente a qué derechos o intereses cabe proteger mediante las defensas consideradas, existen incontables vaivenes en cuanto hace al derecho de los particulares a que se resuelvan en cuanto al fondo los recursos que hubiere interpuesto tardíamente.

La administración ha reconocido desde antaño un tipo especial de denuncia, la *denuncia de ilegitimidad*, mediante la cual es posible impugnar actos administrativos que afectan derechos subjetivos o intereses legítimos; *v.gr.*, cuando el término para recurrir ha expirado.⁹¹ Con sentido más restrictivo, en cambio, se sustituye dicho criterio amplio por una norma expresa. El art. 1º, inc. e), ap. 6º, del decreto-ley 19.549/72 dice “*Interposición de recursos fuera de plazos*. Una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que éste dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho.”⁹² Alguna doctrina y jurisprudencia han intentado, a contrapelo de la historia, tornar inútil la denuncia de legitimidad. Se ha discutido también la calificación que le correspondería a la *denuncia de ilegitimidad*, sea como un recurso administrativo autónomo,⁹³ un saneamiento

⁸⁸ DIEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 497; DROMI, *El Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, p. 281.

⁸⁹ PEARSON, MARCELO M., *Manual de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, p. 145.

⁹⁰ PTN, *Dictámenes*, 209: 164.

⁹¹ Esto ya lo admitía la doctrina (*v. gr.*, GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 97), pero lo importante es que entre nosotros se la ha institucionalizado, transformándosela en un medio jurídico de defensa del administrado. Algunos autores han reaccionado contra esta innovación libertaria, bregando por su supresión. En algún caso la jurisprudencia les ha acompañado.

⁹² Ver al respecto BALBÍN, CARLOS F., *Curso...*, *op. cit.*, p. 694-8.

⁹³ FIORINI, “Los recursos en la ley de procedimientos administrativos de la Nación,” *LL*, 147: 1278; ABAD HERNANDO, JESÚS LUIS, “La denuncia de ilegitimidad en el derecho administrativo argentino,” *DJ*, 1979-14, 3; DROMI, *op. cit.*, p. 290, quien señala que se trata de un recurso formalmente improcedente en su origen, el que, por imperativo legal, se transforma en recurso procedente. Era el antiguo criterio elaborado pretorianamente por la Procuración del Tesoro de la Nación, que explicáramos desde la 1ª ed., en 1964, de este tomo. En cambio, sostiene COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario al art. 1º, § 3.2.2.6.2, p. 86: “la denuncia de ilegitimidad es [...] un recurso *impropio*, pues si bien participa de alguna de las notas de los recursos carece, pese a ello, de idoneidad para agotar la vía administrativa y, por tanto, para habilitar el acceso a la Justicia. No es, por eso, un medio autónomo de impugnación equivalente al recurso.”

jurídico que beneficia a los recursos presentados fuera de término,⁹⁴ o un instrumento inútil, desprovisto de significado,⁹⁵ o incluso nocivo.⁹⁶ Lo que en tiempos no autoritarios nació como una forma más de controlar y evitar la eventual vigencia de actos ilegítimos de la administración pública por el mero transcurso del término para recurrirlos, se transformó, lenta pero seguramente en tiempos autoritarios, en una creciente animadversión a esta tolerancia temporal que a algunos parece resultarles intolerable.⁹⁷

La justicia en dos cuestionables pronunciamientos ha resuelto que el particular pierde incluso la vía judicial si no interpone en término el recurso administrativo. Lejos están los buenos tiempos, previos al gobierno *de facto* que dictó el decreto-ley 19.549/72, en que la Procuración del Tesoro la creó pretorianamente como obligación administrativa emergente de su obligación de velar por la legalidad objetiva. Por eso, consideramos que resulta imprescindible el control judicial del acto administrativo, independientemente del momento en el que el administrado lo haya impugnado.⁹⁸ Pero la justicia se ha alejado de esos cauces. Sin embargo,

⁹⁴ ABAD HERNANDO, *op. loc. cit.*; HUTCHINSON, t. I, *op. cit.*, p. 45. Asimismo, se ha entendido que la tramitación y decisión de una denuncia de ilegitimidad presupone la pre-existencia de recursos no deducibles en forma o tiempo propios: SCBA, *Boldt Impresores S. A. c./ Provincia de Buenos Aires, LL*, 1980-D, 600.

⁹⁵ Se puede inferir de lo expuesto por MUÑOZ, GUILLERMO ANDRÉS, "Los plazos," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo, op. cit.*, pp. 41 y ss. y 44.

⁹⁶ Es ésta nuestra interpretación del problema, aunque varía la percepción acerca de cómo mejor se tutela el interés público: *supra*, nota 11.

⁹⁷ No solamente son reflejos autoritarios los que llevan a esas conclusiones. Otras veces, en efecto, se trata de los eternos dogmatismos de quienes, aún con las mejores intenciones se resisten a ver los matices y quisieran ver todo en blanco y negro. Ver así AMBROSINO, SILVANA, "Un plazo sin gracia," *LL, Suplemento administrativo*, septiembre de 2006, p. 57. Es no tener presente que el tiempo de los administrados es infinitamente breve frente al tiempo implacablemente eterno de la administración, tal como explicamos más abajo en el cap. VIII, "El tiempo en el procedimiento," § 1, § 1.4, "La relatividad de los diferentes términos en el procedimiento;" § 1.6, "La pérdida de todo derecho en quince días;" § 2.2, "Prorrogabilidad de los términos de los particulares;" § 2.4, "¿Obligatoriedad *stricto sensu* para los individuos?" Se trata, también, de la contraproducente búsqueda de reglas absolutas, sin matices, que son la negación misma de todo lo que el derecho pretende ser, tal como lo hemos explicado sumariamente en el cap I del t. 1 de este *Tratado* y, algo más detalladamente, en *Introducción al derecho*, en www.gordillo.com; *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Director del Centro Europeo de Derecho Público, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003; *Une Introduction au Droit*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003.

⁹⁸ BALBÍN, *Curso...*, *op. cit.*, p. 697-8, puntualiza sostiene que no debe negarse en ningún caso el control judicial; REJTMAN FARAH sostiene la posibilidad de la posterior revisión judicial de la decisión que resuelve una denuncia de ilegitimidad por tratarse de un acto administrativo. REJTMAN FARAH, MARIO, "La posibilidad de impugnar judicialmente el acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad," *Supl. Der. Adm.*, 25 de Julio de 2007, Lexis Nexis. VILLOLA, LUIS MATÍAS, "La autolimitación de la justicia en el control del acto administrativo," *LL, Supl. adm.*, septiembre de 2006, p. 36, señala: "La función de la justicia es, precisamente, hacer justicia, y lo justo es que los actos válidos permanezcan vigentes mientras que los irregulares sean expulsados del plexo normativo. En consecuencia, es apropiado concluir que siempre que se someta a consideración de un juez un caso concreto donde se discuta la validez de un acto administrativo debe expedirse sobre el fondo, y proceder a la anulación del acto o no, según corresponda, independientemente de la actividad del particular en sede administrativa." MINORINI LIMA, IGNACIO J., "La denuncia de ilegitimidad" en TAWIL (dir.), *Procedimiento Administrativo, op. cit.*, p. 438.

el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha establecido la inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativos local en cuanto dicha norma establece que la decisión que resuelve la denuncia de ilegitimidad será irrecurrible y no habilita la instancia judicial.⁹⁹ La Procuración del Tesoro también evidencia un avance al establecer que una vez abierta la vía recursiva, aún con relación a actos irrecurribles, corresponde resolver el recurso en trámite en virtud de que habiendo la Administración habilitado el procedimiento y estando firmes los actos que lo componen, no resulta admisible producir una retroacción que cambie su rumbo.¹⁰⁰

Además, existen procedimientos especiales, *v. gr.* el previsto en materia de derechos del consumidor¹⁰¹ o el aduanero, que establecen un tipo especial de denuncia que origina un derecho del denunciante a seguir el procedimiento.¹⁰²

3.2.3. En igual sentido, tampoco se mantiene con sus caracteres conceptuales la diferenciación en lo que respecta a la obligación de tramitar y resolver el recurso. En efecto, la obligación de tramitar el recurso se ha hecho extensiva al reclamo administrativo instituido por el decreto-ley 19.549/72 en su art. 30 y lo mismo puede decirse de las meras reclamaciones y de la mencionada “denuncia de ilegitimidad.” La Procuración del Tesoro ha sostenido que la administración está obligada a tramitar las denuncias de ilegitimidad, salvo que se dieran los supuestos de excepción contemplados en el art. 1º, inc. e) ap. 6º del decreto-ley 19.549/72, modificado por su similar 21.686.¹⁰³ Aun en los supuestos de excepción indicados, ha primado en general un criterio amplio en cuanto a la tramitación de las denuncias de ilegitimidad, sosteniéndose así, que pese a que pudiera

⁹⁹ Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala 2º, 26-XII-2006, *Fravega S.A. v. GCBAs/ impugnación de acto administrativo*.

¹⁰⁰ Procuración del Tesoro de la Nación, 24-VIII-2006 - Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS). Ver al respecto el comentario de VILLASUR GARCÍA, ALEJANDRA y FERRER, FRANCISCO “La denuncia de ilegitimidad como técnica de actuación administrativa. Avances en la doctrina de la PTN y en la jurisprudencia.” *Revista Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, N° 61, p. 951.

¹⁰¹ La ley 26.361 al modificar la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 ha incorporado al procedimiento administrativo el instituto del daño directo, de modo que ya no se limita a la mera denuncia y es posible obtener una compensación o reparación del daño en sede administrativa. Ampliar en ALETTI, DANIELA, “Avances y reformas en los derechos del consumidor desde el rol del daño,” *RAP*, 376: 61 (año 2010).

¹⁰² Anteriormente la ley de aduanas reconocía al denunciante una participación en la multa que se aplicara al infractor; existen diversas normas regulando las formas y el procedimiento de las denuncias aduaneras (arts. 41 y ss. de la ley), e incluso se contempla la reserva de la persona del denunciante (art. 23), lo cual ha sido justamente criticado: DI FIORI, JORGE L., *Ley de aduana y sus normas complementarias*, Buenos Aires, 1977, p. 104; FERNÁNDEZ LALANNE, PEDRO, *Derecho aduanero*, t. II, Buenos Aires, 1966, p. 1078 y ss.; *Régimen procesal aduanero*, Buenos Aires, 1960, pp. 33-5; *Procedimientos penales aduaneros*, Buenos Aires, 1976, p. 127 y ss. La participación de los denunciantes fue suprimida en 1969, decreto-ley 18.221/69, pero ya a partir del decreto-ley 6.692/63 se estableció que el denunciante no podía interponer recursos en el procedimiento a que daba lugar la denuncia. La tendencia actual es a no considerarlos partes, sino “meros auxiliares.” FERNÁNDEZ LALANNE, *Procedimientos penales...*, *op. cit.*, p. 131.

¹⁰³ PTN, *Dictámenes*, 176: 155; 202: 151.

entenderse configurado abandono del derecho por haberse excedido razonables pautas temporales —más de cinco años— si la cuestión excedía el ámbito de los intereses patrimoniales del presentante por estar en juego una calificación de su conducta que incidía en su esfera personal, la administración debía reexaminar la cuestión en virtud del principio de legalidad objetiva que la rige y la obligación que pesa sobre ella de revocar sus actos irregulares.¹⁰⁴

La solución actual del derecho argentino es que la administración tiene el deber jurídico de tramitar y resolver tanto los recursos como los reclamos y denuncias. Este deber se asegura por cuatro mecanismos:

a) la responsabilidad personal del funcionario, tanto administrativa como civil o patrimonial y también penal. Con todo ya vimos que esta responsabilidad del agente dista de ser una realidad del derecho argentino viviente. Si de hecho no es responsable por desobedecer una sentencia judicial, qué se puede esperar de esta obligación...¹⁰⁵

b) En segundo lugar el efecto normativo de poder considerar producida una resolución denegatoria tácita, a opción del interesado, permitiéndole entonces seguir con otras etapas administrativas o judiciales de impugnación ulterior de la conducta lesiva a sus intereses.

c) A ello cabe agregar la posibilidad de instar el procedimiento mediante el amparo por mora de la administración, en sede judicial, reglado por el art. 28 del decreto-ley 19.549/72, modificado por el decreto-ley 21.686/77; su eficacia y flexibilidad han sido comprobadas en todo momento.¹⁰⁶

d) Finalmente, es de tener presente la eventual responsabilidad patrimonial de la administración, no ya del funcionario, por el perjuicio ocasionado.¹⁰⁷

4. *El recurso como acto y como derecho*

4.1. *El recurso es un derecho*

Nos referiremos ahora a determinados usos lingüísticos acerca de cómo calificar a los recursos, lo que para algunos autores se encuadra como la llamada “natu-

¹⁰⁴ PTN, *Dictámenes*, 163: 248.

¹⁰⁵ *Supra*, t. 2, cap. XIX, “La responsabilidad civil de los funcionarios.”

¹⁰⁶ Ver GONZÁLEZ, FLORENCIA, “Amparo por mora,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 190 y ss.; BARRA, “El amparo por mora de la Administración,” en AA.VV., *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, p. 9 y ss.; CREO BAY, HORACIO, “La reforma introducida al amparo por mora de la Administración. Necesidad de una regulación integral,” *LL*, 1978-D, 1202; PEARSON, “¿Es apelable o inapelable la sentencia final del amparo por mora de la Administración Pública Nacional?,” *LL*, 1979-B, 487; “El amparo por mora de la Administración Pública Nacional,” *LL*, 1975-B, 423. Ver art. 76 de la ley 12.008 modificada por la ley 13.101 y SCBA, *Verchick*, donde se remarca el carácter opcional frente al silencio, pues existe un derecho a obtener una decisión no sólo fundada sino también oportuna. Ver BOTASSI, *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, pp. 264-5.

¹⁰⁷ Ampliar *supra*, t. 2, cap. XX, “La responsabilidad del Estado y de sus concesionarios y licenciatarios.”

raleza jurídica”¹⁰⁸ del recurso (en sentido lato: recurso, reclamación o denuncia.) Al respecto es de hacer notar que existen tres formas distintas de enfocar el problema, todas igualmente válidas, porque se refieren a distintas situaciones.¹⁰⁹

En un primer sentido se dice que los individuos tienen tales y cuales recursos a su disposición y en tal caso cabe hablar de remedios o protecciones procesales a disposición del particular, es decir, de *derechos* que el individuo tiene y puede ejercer.¹¹⁰ En este modo de expresión, pues, el recurso es un derecho de los individuos, que integra su garantía constitucional de la defensa.¹¹¹ Este enfoque no es en absoluto desdeñable, pues del derecho del particular a recurrir se sigue su derecho a obtener una decisión al respecto.¹¹²

4.2. *El recurso es un acto*

En un segundo sentido se habla de recurso refiriéndose al ejercicio efectivo y concreto del derecho a recurrir: o sea, a la presentación de un escrito interponiendo el remedio procesal pertinente.

En tal situación cabe entonces hablar de *acto*, que es por lo demás el principal y más frecuente uso de la palabra. Normalmente, pues, con el término recurso denotamos la impugnación articulada por alguien contra un acto de la administración.

Así lo señala GONZÁLEZ PÉREZ,¹¹³ aunque critica a ROYO VILLANOVA por conceptualizar al recurso como “derecho.” A nuestro parecer ambas nociones no son antitéticas y todo depende del sentido con que se emplea el término.

En diferentes sentidos, es correcto decir que el recurso es un derecho (como institución o remedio procesal que se tiene el derecho de ejercitar) o un acto (en cuanto interposición del remedio procesal, ejercicio del derecho precitado.)

¹⁰⁸ No existen “esencias” o “naturalezas” inmanentes y permanentes de los objetos (*supra*, t. 1, cap. I, “El método en derecho”) De lo único que trataremos bajo este acápite es de las *denominaciones* con las cuales se puede querer calificar a un recurso, a modo de explicación o de contribución terminológica a su definición.

¹⁰⁹ Conf. ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo formal*, Valencia, Venezuela, Vadell, 1998, 3ª ed., pp. 398-400.

¹¹⁰ ROYO VILLANOVA, A. y S. *Elementos de derecho administrativo*, t. II, Valladolid, 1955, p. 888; BREWER CARÍAS, *op. cit.*, pp. 231-2 y jurisprudencia venezolana que cita.

¹¹¹ *Supra*, t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa.)”

¹¹² *Supra*, cap. II, § 20, “Decidir expresamente todas las peticiones.” Sostiene BARRA, *Principios...*, *op. cit.*, pp. 163-4: “es importante destacar el derecho de los administrados a impugnar el acto o reglamento administrativo en la propia sede administrativa, con la garantía de obtener una decisión acorde a derecho [...] Se trata [...] de un derecho mucho más riguroso que hace a la obligación de la Administración Pública a recibir la impugnación del administrado, tramitarla [...] y resolver conforme a derecho.”

¹¹³ GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 35; *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 535 y 2ª ed., p. 559; ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1965, p. 608; Madrid, 1979, 6ª ed., p. 284 del t. I; t. I/1, Madrid, Tecnos, 1998, 12ª ed., p. 271. En igual sentido, con posterioridad a la sanción de la ley española del régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común nº 30/1992, GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la ley de Régimen Jurídico*, *op. cit.*, p. 1694.

Es necesario, además, destacar que la interposición del recurso no es en absoluto un hecho,¹¹⁴ ya que, en cuanto manifestación de voluntad de un particular destinada a producir una modificación, etc. de derechos, configura estricta y necesariamente *un acto jurídico*.¹¹⁵ A su vez, el acto de interposición del recurso implica un reclamo,¹¹⁶ o una pretensión¹¹⁷ o solicitud, etc., pero ello no significa sino que el reclamo o la pretensión son el *contenido* del acto de recurrir.¹¹⁸

4.3. *El recurso es un medio de defensa*

Por último cabe reiterar el tercer empleo posible del término, como institución del procedimiento, de remedio procesal considerado objetivamente. Es un uso importante, para destacar la necesidad de insistir en la lucha contra el poder.¹¹⁹ El recurso es así un medio¹²⁰ de defensa de los derechos del individuo ante las autoridades públicas.¹²¹ Señala MARIENHOFF que los recursos administrativos “se dan principalmente a favor de los administrados.” “Del mismo modo que las garantías y derechos consagrados por la Constitución no se han establecido en favor de la Administración Pública, sino principalmente en beneficio de los administrados, así también los beneficios de la autolimitación de potestades realizada por el Poder Ejecutivo a través de las normas que instituyen y regulan «recursos» en el procedimiento o trámite administrativo, resultan establecidas

¹¹⁴ Como se sostiene en la obra dirigida por CAPITANT, HENRI, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, 1961, p. 466, voz “recurso” y p. 463, voz “reclamación.”

¹¹⁵ Código Civil, art. 944. Ver DIEZ, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, 2ª ed., p. 95; *Derecho administrativo, op. cit.*, p. 324. Comp. FIX-ZAMUNDIO, HÉCTOR, “Introducción al estudio de los recursos administrativos,” en el libro de Homenaje a GABINO FRAGA, *Estudios de derecho público contemporáneo*, México, D.F., FCE, 1972, p. 60 y ss.

¹¹⁶ Así REDENTI, ENRICO, *Diritto processuale civile*, t. II, Milán, 1953, p. 308.

¹¹⁷ Así GUASP, JAIME, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, t. I, Madrid, 1943, p. 1043.

¹¹⁸ Comp. IBÁÑEZ FROCHAM, MANUEL, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Buenos Aires, 1963, 3ª ed.; 1970, 4ª ed., p. 95. En igual sentido GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Madrid, 1963, p. 23, al comparar el derecho de recurrir con el derecho por el cual se recurre, dice: “ha de afirmarse que se trata de un derecho subjetivo público y, desde luego, distinto del derecho sustantivo o material cuya protección se intenta.”

¹¹⁹ Dice POUND, ROSCOE, “Administrative Procedure Legislation - For the «Minority Report»,” *American Bar Association Journal*, XXVI, 1941, p. 664, citado en HAYEK, FRIEDRICH A., *The Constitution of Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 1960, p. 247: “la mayoría se está desplazando en la línea del absolutismo administrativo [...], subordinando los intereses del individuo a los del funcionario público y permitiendo al último identificar un lado de la controversia con el interés público y así darle un mayor valor e ignorar los otros [...] una teoría acerca de que el derecho es lo que se hace oficialmente.”

¹²⁰ ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. IV, Buenos Aires, 1961, p. 184; PODETTI, RAMIRO J., *Tratado de los recursos*, Buenos Aires, 1958, p. 11; CALAMANDREI, PIERO, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, p. 439; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 471; AMORTH, ANTONIO, “Ricorso gerarchico,” *Nuovo Digesto Italiano*, t. XI, Turín, 1939, p. 669: “medio de tutela,” ALESSI, *Principi...*, *op. cit.*, p. 811: “medio de reacción,” FIORINI, *Teoría jurídica del acto administrativo, op. cit.*, pp. 176-8: “vías de defensa,” BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, *Procedimiento administrativo municipal*, Buenos Aires, 1946, p. 13.

¹²¹ BREWER CARÍAS, *op. cit.*, p. 229: “es un medio de impugnación [...] una vía abierta al administrado para atacar.”

principalmente en favor de los administrados y no precisamente en favor de la propia Administración. Todo esto constituye un corolario lógico del Estado de Derecho.”¹²² El autor citado hace así referencia al principio establecido por la CSJN en cuanto que “Las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos.”¹²³ En igual sentido ya había dicho PUCHETTI del recurso jerárquico que es “un instituto jurídico querido y dispuesto para asegurar un remedio, *sui generis*, a favor del ciudadano contra los actos administrativos.”¹²⁴

4.4. *El recurso como medio de conciliación*

CANOSA analiza el recurso administrativo en un contexto de conciliación.¹²⁵ Si bien habitualmente la administración no va a aplicar el art. 5º del reglamento para tratar de acercar posiciones,¹²⁶ queda librado a la iniciativa y a la habilidad negociadora del particular, el encontrar con el funcionario puntos intermedios de eventual acuerdo transaccional.¹²⁷ El recurso puede resultar molesto al funcionario, es la naturaleza humana.¹²⁸ Pero precisamente por esto no es infrecuente que el recurso sea una prenda de cambio que se renuncia a cambio de algo.

4.5. *Conclusiones*

En ésta como en tantas otras cuestiones terminológicas,¹²⁹ la elección no resuelve fundamentales problemas: como mucho, ordena la manera en que se emplearán los conceptos. Existe uso convencional del término “recurso” en los tres sentidos indicados y tales significados no son opuestos entre sí; cada una de las definiciones mencionadas se refiere a *un distinto momento* en la impugnación de los actos administrativos, o sea, cada una apunta a situaciones de hecho distintas

¹²² MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, pp. 598 y 645; 5ª ed., pp. 649 y 699.

¹²³ CSJN, *Fallos*, 137: 252, *Salazar de Campo*, 1922; *Arce*, LL, 1997-F, 697, comentado en *Cien notas...*, *op. cit.*, § 76, “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” p. 165.

¹²⁴ PUCHETTI, ANTONIO CORRADO, *Il ricorso gerarchico*, Padua, 1938, p. 170. Este autor agrega que por su parte la administración “tiene otros medios, ordinarios de su organización, para controlar la actividad de los propios órganos” (*op. cit.*, p. 170, nota 1). Con todo, no debe olvidarse que el sistema de recursos proporciona a los superiores jerárquicos una información valiosa sobre el desempleo de sus subordinados, información que, por surgir de un proceso dinámico y conflictivo, puede ser más eficaz a veces que los medios ordinarios de autocontrol administrativo.

¹²⁵ CANOSA, “Los recursos,” *op. cit.*, pp. 102-3.

¹²⁶ CANOSA, *op. cit.*, p. 102.

¹²⁷ Es la misma cuestión que hemos explicado en su lugar respecto a la distinción entre que el procedimiento en teoría se impulsa de oficio, pero que en la práctica debe impulsarlo el particular: *supra*, t. 2, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica,” § 6, “La impulsión personal de las actuaciones.” Aquí también el particular debe constantemente explorar alternativas de posibles soluciones conciliadoras. A la administración le interesa siempre encontrar vías alternativas para la solución de los diferendos que le plantean los particulares en los recursos administrativos.

¹²⁸ En sentido análogo CANOSA, *op. loc. cit.*

¹²⁹ Ver al respecto lo dicho *supra*, t. 1, cap. I, “El método en derecho.”

de las otras. Cuando el profesor explica a sus alumnos qué es un *recurso*, les está mostrando uno de los medios de defensa que los particulares tienen contra el Estado. Si un cliente le pregunta a su abogado qué recurso tiene, quiere saber qué derecho le asiste procedimentalmente para defender su derecho de fondo y si tiene derecho a interponer un recurso jerárquico o debe en cambio interponer primero el recurso de reconsideración. Cuando el abogado prepara el escrito del *recurso* jerárquico, lo firma y presenta, allí se está haciendo una manifestación de voluntad privada¹³⁰ en el sentido de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración y estamos, en consecuencia, frente a un acto jurídico. Si el interesado quiere demandar a la administración, el recurso previo es un obstáculo, una carga.¹³¹ También su breve plazo es un peligro, pues el particular puede perder su derecho si no reacciona con suficiente velocidad, en término.¹³² En suma, en distintas situaciones de hecho y por lo tanto en distintos sentidos, el recurso es tanto un medio de defensa (“remedio” en traducción literal del inglés),¹³³ como un derecho de los individuos, como un acto jurídico de impugnación de un acto administrativo;¹³⁴ también, fuerza es admitirlo, una carga y un peligro para el interesado.¹³⁵

II. Requisitos formales

5. Los requisitos formales del decreto 1.759/72 (t.o. 1991 por decr. 1883/91)

Dentro de los requisitos formales exigidos por los arts. 15 y siguientes de la reglamentación nacional, podemos distinguir: a) los que deben reunir todos los escritos presentados ante la administración (art. 15); b) los que deben reunir los

¹³⁰ DIEZ, *El acto...*, op. cit., p. 95, habla de los “actos de derecho público de los particulares,” entre los cuales se encontrarían los recursos, que estarían así alcanzados en cierta medida por el derecho público a pesar de ser inicialmente actos jurídicos privados. Esto no debe confundirse con el problema de si personas no estatales pueden dictar actos administrativos, lo que constituye una cuestión distinta; al respecto ver *supra*, t. 3, cap. I, § 10, “El acto administrativo como manifestación del ejercicio de la función administrativa” y ss.

¹³¹ GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 536 y 2ª ed., p. 560: “la configuración del recurso administrativo como presupuesto procesal carece de sentido. Bien está que se admita la posibilidad de acudir al recurso administrativo cuando exista alguna esperanza de que, a través de él, las Administraciones públicas abandonen su terquedad tradicional; pero no obligar en todo caso la interposición,” *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, 3ª ed., p. 242. Ver *supra*, nota 20.

¹³² Otro peligro lo recordamos *infra*, nota 126.

¹³³ La lengua inglesa, en efecto, usa la palabra “remedios” para las defensas del particular. El *Black’s Law Dictionary*, p. 1294, define a un *remedy* en un sentido amplio, como “medio empleado para hacer valer un derecho o reparar un daño” (*Chelentis v. Luckenbach S. S. Co.*, 247 U.S. 372; *Daniels v. U.S.*, C.A. Cal., 372 F2nd 407, 414.)

¹³⁴ Algunos autores acumulan los tres usos más tradicionales en una sola definición: DELPIAZZO, CARLOS E., “Los recursos administrativos. Enfoque regional,” *Revista de administración pública uruguaya*, 27: 99, Montevideo, año 1999. Pero son tres significantes y objetos distintos.

¹³⁵ El concepto de carga o peligro no debería existir: *supra*, cap. II, “El administrador,” notas 99, 114, 124, 125 e *infra*, nota 210. Pero basta que se alce una voz anunciando lo que recordamos *supra*, nota 1.10, para que la intranquilidad se instale nuevamente en el espíritu.

escritos que inician una gestión ante la administración pública nacional (art. 16) y c) los específicos de los recursos, art. 77.¹³⁶

5.1. *Requisitos generales de cualquier escrito*

Son los que deben reunir los escritos presentados ante la administración (art. 15): a) Estar escritos a máquina o “manuscritos en tinta en forma legible,”¹³⁷ “salvándose toda testadura, enmienda o palabras interlineadas;” b) estar redactados en idioma nacional; c) llevar en su parte superior un resumen de lo que se peticiona; d) indicar en el encabezamiento el número de expediente a que corresponda, salvo que se inicie *un expediente*; e) si actúa en representación, efectuar una “indicación precisa” de la misma y, en su caso, acreditarla; f) la firma de los interesados, sus representantes legales o apoderados. Esos escritos pueden presentarse en la mesa de entradas, en la oficina donde se encuentra el expediente, enviarse por correo, etc. En tal sentido también se admite el empleo del medio telegráfico para interponer recursos, así como también para contestar vistas o traslados.

5.2. *Requisitos de los escritos que específicamente inician un trámite*

Por su parte, el art. 16 prevé los requisitos que deben reunir los escritos por los cuales se inicia una gestión ante la administración,¹³⁸ aplicables a los recursos: a) Indicación de nombre, apellido, documento de identidad,¹³⁹ domicilio real y domicilio constituido del interesado. Respecto del domicilio cabe considerar lo dispuesto en los arts. 19 a 22 y concordantes del reglamento;¹⁴⁰ b) Relación de los hechos. No se exige como requisito formal la sustentación en derecho, art. 16, inc. b, *in fine*; c) Ofrecimiento y/o acompañamiento de prueba. Tal como explicamos en su lugar, lo prudente es que el particular produzca privadamente

¹³⁶ Se ha señalado al respecto que “La interposición de los recursos administrativos se encuentra sometida a ciertos recaudos tendientes a que la Administración pueda ejercer adecuadamente sus poderes de control o fiscalización. En principio, resulta de aplicación a la presentación de un recurso administrativo el cumplimiento de todas aquellas formalidades requeridas para una presentación administrativa,” SOLER, ANALÍA, “Lineamientos Generales del sistema de impugnación en sede administrativa,” en TAWIL (Dir), *Procedimiento Administrativo*, op. cit., p. 342.

¹³⁷ Atento al avance de la informática e internet actualmente en diversos procedimientos la administración exige la presentación de formularios vía transferencia electrónica o, en su defecto, mediante soporte magnético, como, por ejemplo, lo dispone la A.F.I.P. a través de la res. gral. 693/99 y sus modif., p. ej. 788/0, con la obligación de usar el software (“programa aplicativo”) de la repartición, que se transfiere de www.afip.gov.ar. Todo ello, a los fines que las entidades financieras sometidas al régimen de la ley 21.526 y sus modif. cumplan con el régimen de información dispuesto por el último párrafo del art. 16 del decreto 692/98 y modif.

¹³⁸ Ver CAPLAN, ARIEL R. y SCHEIBLER, GUILLERMO M. (coords.), *Manual de Ciudadanía Activa*, Buenos Aires, Asociación Civil Carlos Sánchez Viamonte, 2005, cap. 4, “Aspectos básicos de los trámites ante la administración pública: el procedimiento administrativo,” pp. 41-2.

¹³⁹ Documento nacional de identidad, libreta de enrolamiento, cédula de identidad, etc.

¹⁴⁰ Con respecto a la falta de constitución de domicilio cuando el presentante es agente de la administración, Ver LLAPUR, SAID J., *Ley de procedimientos administrativos de la Provincia de Jujuy. Anotada y comentada*, Buenos Aires, Dunken, 2005, pp. 145 y ss.

su prueba y la acompañe al expediente, sin perjuicio desde luego de antes de haberla ofecido.¹⁴¹

5.3. *Requisitos propios del recurso*

El art. 77 incluye un requisito específico para los recursos: el de indicar, de manera concreta, “*la conducta o el acto que el recurrente estime como legítima para sus derechos o intereses.*” Parece evidente, pese a la algo confusa redacción del art., que de lo que se trata es de poner de manifiesto la contradicción entre el acto que se recurre y el ordenamiento jurídico o al menos la voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración, como antaño sostuvo la Procuración del Tesoro de la Nación. No se trata de un requisito indispensable, ineludible; una simple notificación en disconformidad ha sido considerada suficiente para que el órgano que debe resolver advierta cuál es “la conducta o acto” contra la cual se dirige el particular y estime válidamente interpuesto el recurso.

6. *Su exigibilidad en la práctica*

Esta enumeración no funciona en la práctica con un criterio estricto en lo formal. Es deseable que así sea, por las razones ya expuestas al tratar del informalismo.¹⁴² Se ha considerado así en distintos casos, expresa o implícitamente, que la ausencia de la mención del número de documento de identidad, o la falta de alguno de los domicilios requeridos (el real o el legal) no afectaban la validez formal del recurso.¹⁴³ La solución es lógica, si se atiende a la ínfima o ninguna importancia de esos requisitos.¹⁴⁴ La falta de calificación del recurso, o su calificación errónea, no afectan su validez¹⁴⁵ y que tampoco el que se haya omitido mencionar, o se haya errado, respecto a cuál funcionario u organismo se dirige el recurso,¹⁴⁶ que en definitiva, no es necesario “el cumplimiento estricto de formalidades para

¹⁴¹ BALBÍN, señala que “El escrito de presentación de los recursos debe cumplir con los mismos requisitos que cualquier otro escrito presentado ante la Administración y —en particular en ese contexto— debe consignarse cuál es el acto estatal que es objeto de impugnación y, a su vez, cuál es la conducta que el recurrente pretende en relación con sus derechos.” BALBÍN, CARLOS F., *Curso...*, op. cit., t. II, p. 678.

¹⁴² T. 2, cap. IX, § 11, “Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado.”

¹⁴³ El art. 20 del reglamento nacional, el 25 de la Provincia de Buenos Aires, el 126 de Mendoza, etc., prevén que en caso de omisión de constituirlo adecuadamente, “se intimará a la parte interesada en su domicilio real para que se constituya domicilio en debida forma,” o sea que es un defecto subsanable.

¹⁴⁴ Comparar al respecto el criterio de apreciación de las nulidades del acto administrativo, *supra*, t. 3, cap. XI, § 15, “La pretendida solución del decreto-ley,” a 17, “Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo.”

¹⁴⁵ Dice el art. 81 del reglamento nacional: “*Despacho y decisión de los recursos.* Los recursos deberán proveerse y resolverse cualquiera sea la denominación que el interesado les dé, cuando resulte indudable la impugnación del acto administrativo.” Ciudad de Buenos Aires, art. 100; Provincia de Buenos Aires, 88; Córdoba, 76; Tucumán, 40 y 62; PTN, *Dictámenes*, 59: 156; 60: 112; 67: 95; 73: 86; 83: 72; 238: 503.

¹⁴⁶ PTN, *Dictámenes*, 60: 34; 66: 210; 64: 176; 73: 69; etc. Estos dictámenes, anteriores a la actual reglamentación, mantienen toda su vigencia teórica y práctica.

manifestar esa voluntad.”¹⁴⁷ Tampoco se requiere la fundamentación en derecho del recurso.¹⁴⁸ En suma, rige el principio *legal* del informalismo, conforme al cual corresponde excusar “la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente.”¹⁴⁹ Esta solución del derecho nacional ha sido igualmente consagrada en el derecho administrativo provincial, en similares términos.¹⁵⁰

7. Requisitos mínimos exigibles

Se puede concluir que los recaudos formales son: 1º) que el recurso esté por escrito y firmado; 2º) que indique el nombre, apellido y domicilio del recurrente; 3º) que esté presentado en término, para poder acceder luego a la vía judicial.

8. El recurso debe ser escrito. La cuestión de la oralidad.

8.1. La hipótesis de oralidad.

El recurso, en principio, debe ser escrito.¹⁵¹ Pero cabe consignar que también puede, en determinadas circunstancias, ser oral: en la relación de función pública, en cursos de enseñanza y aprendizaje, etc. Allí nada impide, a título excepcional, que el recurso —y la decisión— sean orales. En cualquier caso, también en otras hipótesis excepcionales (p. ej., imposibilidad material), se podría admitir un recurso verbal interpuesto por sí¹⁵² o por tercero.¹⁵³ En los procedimientos orales el

¹⁴⁷ PTN, *Dictámenes*, 64: 208; 64: 176, etc. Estos precedentes siguen vigentes con la actual reglamentación, pues el decreto-ley y la jurisprudencia ya han consagrado el informalismo como un principio interpretativo básico del procedimiento.

¹⁴⁸ *Infra*, § 11, “La clara manifestación de voluntad.”

¹⁴⁹ Art. 1º, inc. c) del decreto-ley 19.549/72; art. 22 inc. c) de la Ciudad de Buenos Aires; art. 3º, inc. b) de Tucumán; art. 4º inc. I, Bolivia; art. 2º inc. IX, Brasil; art. IV inc. 1 ap. 6, Perú. El precedente es nuestro Proyecto de 1964 (arts. 246 a 249.)

¹⁵⁰ Chaco, art. 60; Chubut, 99 inc. f) y 26 inc. 12; La Pampa, 8º y 9º; Salta, 143. La regla puede considerarse prácticamente universal, aunque no exenta de excepciones, según veremos.

¹⁵¹ BIELSA, RAFAEL, *El recurso jerárquico*, Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 114; GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 293. La escritura es la regla, podemos citar a modo de ejemplo: Argentina, arts. 15 y 77 del reglamento nacional; Colombia, art. 52; Perú, art. 211; Uruguay, art. 154; Venezuela, art. 86.

¹⁵² Ver VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 128, nota 3; HELBLING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 384; ADAMOVICH, LUDWIG, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, t. I, Viena, 1954, 5ª ed., p. 223; en esos casos queda bajo la responsabilidad administrativa registrarlo en forma actuada, en el mismo acto si es posible, o si no posteriormente. En España, un reglamento de 1924 admitía que el recurso de reposición se interpusiera en forma verbal, de lo cual se dejaba constancia escrita: GARRIDO FALLA, *Tratado...*, t. III, *op. cit.*, p. 124, nota I. Respecto a presentaciones verbales, por télex o telefónicas, ver *infra*, notas 166 a 168.

¹⁵³ Ver *infra*, nota 167: amparo verbal interpuesto por terceros. Si la forma verbal puede ser suficiente en el ámbito judicial, cuánto más habrá de serlo, necesariamente, en el procedimiento administrativo. Sobre la legitimación de terceros sin poder, lo que exponemos en el texto es también la regla que ya admite desde antaño la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como explicamos *supra*, t. 1, *Parte general*, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo,” nota 5. El razonamiento del derecho supranacional se repite con mayor fuerza en el ámbito del derecho local: si puede obrarse del modo expuesto en el procedimiento supranacional, parece absurdo pretender denegarlo en el derecho interno.

interesado puede expresarse en su propia lengua, asistido por intérprete en su caso.¹⁵⁴ En nuestro derecho, en las actuaciones verbales, no vemos inconveniente alguno en que el extranjero se manifieste en su propia lengua asistido por un intérprete. Los indígenas, por razonable derivación del nuevo derecho constitucional, tendrían el derecho a expresarse en su lengua, *v. gr.* con el alcance expresado por la Constitución peruana.¹⁵⁵

El art. 12 de la ley húngara dice que “La falta de conocimiento de la lengua húngara no podrá perjudicar a nadie en las actuaciones administrativas del Estado. En el curso de las actuaciones, todo el mundo podrá servirse, sea por escrito, sea de viva voz, de su lengua materna.”¹⁵⁶ Desde luego, en caso de utilizarse una lengua extranjera y a menos que el funcionario encargado del procedimiento la comprenda y haga las veces de intérprete bajo su exclusiva responsabilidad, corresponderá la designación de un intérprete oficial.

8.2. *La regla de escritoriadad*

Respecto a este requisito no hay en el procedimiento administrativo normas que exijan, como en la justicia, el empleo de tinta de determinado color, ni papel de determinado tipo; ni cabe exigir, en ausencia de norma expresa, formalismo alguno en tal sentido.

Como regla general, pues, es libre la elección de los medios físicos de interposición escrita del recurso, siempre que se respete, a nuestro criterio, un requisito fundamental: el medio elegido debe reunir condiciones elementales de seriedad.

Ello deberá apreciarse de acuerdo con las condiciones personales del recurrente, según que ellas (posibilidades materiales e intelectuales) hagan o no razonable, en *su* caso, el medio empleado. Con ese criterio, las principales hipótesis son las que siguen.

8.3. *Papel*

Cualquier tipo de papel es admisible para la presentación del recurso,¹⁵⁷ e incluso cualquier color de papel; también es admisible el empleo de papel con membrete. No habría tampoco objeción contra el empleo de materiales similares, sujeto a

¹⁵⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, en ENAP, *Procedimientos administrativos especiales*, Madrid, 1969, pp. 66-7. Igual solución en el derecho yugoslavo, art. 157 de la Constitución y 14 de la ley: STJEPANOVIC, NIKOLA, “Principi fondamentali della procedura amministrativa in Jugoslavia,” en el LIBRO DE HOMENAJE A ENRIQUE SAYAGÜES LASO, *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX*, t. V, Madrid, 1969, pp. 621 y ss., 636-7.

¹⁵⁵ La Constitución del Perú de 1979, en su art. 233 inc. 15, garantizaba “El derecho de toda persona para hacer uso de su propio idioma. Si es necesario el Juez o Tribunal asegurará la presencia de intérprete;” la ley peruana del procedimiento administrativo general 27.444 no contiene previsión expresa al respecto, lo cual no es óbice a la aplicación directa del principio superior. Chubut, art. 26 inc. 11.

¹⁵⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, *op. loc. cit.*

¹⁵⁷ En Uruguay se exige “formato oficio que no podrá contener más de 27 líneas por página y no más de 55 letras en cada línea” (art. 152), lo que no parece adecuado al informalismo del procedimiento.

que el medio elegido reúna condiciones de seriedad, de acuerdo con la persona del recurrente.

Así p.ej, el empleo de un pedazo roto de papel, o demasiado pequeño (una hoja de agenda de bolsillo); o de un papel de ínfima calidad (p.ej. papel de empaquetar, o el tipo común de papel de diario); o manifestamente inapropiado para la finalidad que se lo emplea (papel acartonado, papel de calcar, celofán, etc.), sería en principio improcedente y sólo podría llegar a ser aceptado en caso de que las condiciones personales del recurrente y de la interposición del recurso puedan ofrecer alguna justificación plausible para tal hecho. De no haber tal especial y plausible justificación, tales medios carecerían de seriedad y serían inadmisibles.

8.4. *Escritura*

El recurso debe ser redactado en idioma nacional¹⁵⁸ y puede presentarse tanto a máquina como manuscrito “en tinta en forma legible.”¹⁵⁹

El color de la cinta de máquina, o de la tinta, puede ser cualquiera; en cuanto a la escritura a mano, si bien la norma se refiere como giro de lenguaje al empleo de “tinta,” pensamos que ello es una formalidad totalmente prescindible: entendemos que ha de interpretarse, por el principio de informalismo consagrado en el art. 1º del decreto-ley, que puede emplearse también cualquier medio más o menos normal de escritura: lapicera, bolígrafo, marcador fino, etc. El empleo de otros materiales de escritura (lápiz, carbonilla, etc.) haría ya perder seriedad al escrito y entendemos que salvo casos excepcionales en que las circunstancias lo justifiquen (urgencia, estado de necesidad, guerra, catástrofe, etc.) el recurso sería improcedente. Cabe aquí reproducir las consideraciones hechas respecto al papel, en el sentido de admitir mayor flexibilidad a menor cultura o educación del recurrente. Cuando el escrito consta de más de una página, es suficiente con firmar la última, no exigiéndose unión especial entre las diferentes fojas ni tampoco identificación especial: al igual que en el proceso, la foliación que acto seguido procede a efectuar la administración es suficiente garantía para ella de que el escrito presentado es efectivamente ése.

En materia de raspaduras, enmiendas, interlíneas, testaciones, etc., debe adoptarse un criterio razonable, conforme a la práctica cotidiana; las meras correcciones de errores de máquina, por ejemplo, no requieren por supuesto ser salvadas; tampoco las correcciones efectuadas utilizando materiales que implican tapar con pintura blanca el texto original y escribir encima un texto nuevo, a menos que se trate de una parte sustancial del escrito. El mismo criterio ha de aplicarse para las interlíneas, únicas en verdad que pueden requerir salvedad, sobre todo cuando son efectuadas en distinta máquina y modifican de manera

¹⁵⁸ Art. 15 del reglamento nacional. En España el idioma del escrito puede ser tanto el castellano como, en su caso, otra lengua que se haya establecido como oficial de la Comunidad de que se trate: GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de práctica forense administrativa*, Madrid, Civitas, 2001, 6ª ed, p. 98.

¹⁵⁹ Art. 29 de la Prov. de Buenos Aires; 128 de Mendoza; Tucumán, 26.

importante el texto de lo escrito originalmente. Esto se refiere a la actitud que el propio recurrente puede adoptar en la preparación de su escrito, sin perjuicio de que el funcionario que lo recibe puede, si lo desea y las circunstancias del caso lo justifican, requerir al presentante que salve las correcciones al pie del escrito: es en tal sentido que cabe interpretar la disposición del art. 15.

La custodia del expediente por el Estado es garantía de que su contenido no ha sido adulterado. Esta norma general, puede dejarse de lado en el caso del precio en una oferta presentada a una licitación pública: pero en tal hipótesis no estamos ya, obviamente, hablando de recursos administrativos.

8.5. *Firma*

La firma es un elemento natural en el recurso ya que sin ella no habría en verdad manifestación de voluntad del interesado. En los escritos presentados por carta o personalmente la firma va consignada en el propio papel presentado y no requiere autenticación alguna a menos que se trate de un poder, como dijimos ya al tratar de la representación en el procedimiento.¹⁶⁰ La interposición misma del recurso, pues, no necesita de certificación de la firma del interesado. “En caso de duda sobre la autenticidad de una firma, podrá la autoridad administrativa llamar al interesado para que en su presencia y previa justificación de su identidad, ratifique la firma o el contenido del escrito. Si el citado negare la firma o el escrito, se rehusare a contestar o no compareciere, se tendrá al escrito por no presentado.”¹⁶¹

Si el interesado no sabe o no puede firmar, se admite la firma a ruego¹⁶² y demás variantes y modalidades del caso. También, por aplicación del principio del informalismo a favor del particular,¹⁶³ la Procuración del Tesoro de la Nación se pronunció en el sentido de la procedencia formal de una presentación efectuada mediante una fotocopia del escrito original, hallándose firmado únicamente el “otrosí,” pese a la exigencia que imponía el art. 6º del decr. 7520/44, de que tales presentaciones fueran suscriptas por el recurrente. Se entendió que interpretar literalmente la aludida exigencia, en el caso, implicaría “requerir el cumplimiento de un rito que sería caprichoso en virtud del exceso de formalismo.”¹⁶⁴

¹⁶⁰ *Supra*, cap. I, “Las partes,” § 13.1, “Admisibilidad,” 13.2, “Quiénes pueden ser representantes” y 13.3, “Formas de la representación.”

¹⁶¹ Reglamento nacional, art. 18; Ciudad de Buenos Aires, 38; Córdoba, 27; Mendoza, 131; Costa Rica, 286.

¹⁶² Art. 17 del reglamento: “Cuando un escrito fuere suscripto a ruego por no poder o no saber hacerlo el interesado, la autoridad administrativa lo hará constar, así como el nombre del firmante y también que fue autorizado en su presencia o se ratificó ante él la autorización, exigiéndole la acreditación de la identidad personal de los que intervinieren. Si no hubiere quien pueda firmar a ruego del interesado, el funcionario procederá a darle lectura y certificará que éste conoce el texto del escrito y ha estampado la impresión digital en su presencia.” En igual sentido Ciudad de Buenos Aires, art. 37; Provincia de Buenos Aires, 31; Mendoza, 130; Tucumán, 28.

¹⁶³ Ver *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 11, “Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado.”

¹⁶⁴ PTN, *Dictámenes*, 121: 116.

Según el Tribunal Supremo español, en caso que se encuentre una omisión involuntaria de firmar el escrito, ello no determina la improcedencia del recurso si la personalidad del recurrente se desprende de otras actuaciones.¹⁶⁵ La solución española es correcta pues suele ser olvido frecuente¹⁶⁶ que el informalismo del procedimiento administrativo de ningún modo encuentra justificación en castigar con la no presentación del escrito, rigorismo que nos resulta totalmente inconsistente con la situación debilitada del administrado.

También es interesante el derecho costarricense, en que la posibilidad de requerir la ratificación de la firma se refiere sólo a los escritos no presentados personalmente; el inc. 2° del art. 286 de la ley del régimen jurídico de la administración pública expresa: “Se tendrán por auténticas las presentaciones hechas personalmente.” A mayor abundamiento, el inc. 1° del mismo art. señala: “La petición será válida sin autenticaciones aunque no la presente la parte, salvo la facultad de la Administración de exigir la verificación de la autenticidad por los medios que estime pertinentes.”¹⁶⁷ La aclaración de la firma no es necesaria si ella es legible o si del escrito surge quién lo suscribe: típicamente, del exordio.¹⁶⁸

9. *Presentación por telegrama o carta documento*

Las consideraciones precedentes son aplicables a los medios de presentación escrita del recurso, pero cabe señalar que ellos no son los únicos admisibles. En efecto, las posibilidades corrientes son: a) presentación personal del escrito, si es el que inicia el trámite o interpone un recurso, en la mesa de entradas u oficina o funcionario equivalente;¹⁶⁹ b) si es un escrito posterior, puede presentarse o remitirse igualmente a la oficina en que se encuentra el expediente;¹⁷⁰ c) envío del escrito por carta (simple, certificada, etc.)¹⁷¹ a la mesa de entradas o a la oficina en que se encuentra el expediente, si no es el escrito inicial; d) envío de

¹⁶⁵ En este sentido GARRIDO FALLA, t. III, *op. cit.*, p. 125.

¹⁶⁶ Que fueron, por lo demás, explicados y demostrados por FREUD en su *Psicopatología de la vida cotidiana*, o WILLAM JAMES en su *Psychology* del siglo XIX, libros que no por antiguos y “superados” son menos exactos y útiles en este tipo de cuestión.

¹⁶⁷ Costa Rica, art. 286.2.

¹⁶⁸ Uruguay, art. 154. La aclaración de la firma puede efectuarse por cualquier modo idóneo al efecto: DELPIAZZO, CARLOS E. y GUARIGLIA, CARLOS, *Los recursos administrativos y el acto institucional* n° 8, Montevideo, 1979, p. 46.

¹⁶⁹ Art. 25 del reglamento nacional; Ciudad de Buenos Aires, 45; Provincia de Buenos Aires, 34; Córdoba, 28.

¹⁷⁰ Art. 25 del reglamento nacional; Ciudad de Buenos Aires, 45, Provincia de Buenos Aires, 34; Córdoba, 28; Mendoza, 132; Tucumán, 31.

¹⁷¹ Dice el art. 25, párrf. 3° a 5°: “Los escritos recibidos por correo se considerarán presentados en la fecha de su imposición en la oficina de correos, a cuyo efecto se agregará el sobre sin destruir el sello fechador; o bien en la que conste en el mismo escrito y que surja del sello fechador impreso por el agente postal habilitado a quien se hubiera exhibido el escrito en sobre abierto en el momento de ser despachado por expreso o certificado. A pedido del interesado el referido agente postal deberá sellarle una copia para su constancia. En caso de duda deberá estarse a la fecha enunciada en el escrito y en su defecto, se considerará que la presentación se hizo en término.” Similar disposición en la CABA, art. 45; Provincia de Buenos Aires, 34; Mendoza, 132; Tucumán, 31; Costa Rica, 288.

telegrama (simple, con o sin copia, colacionado, recomendado, con o sin aviso de entrega, todo ello indistintamente) o carta-documento.

Algunos fallos en sede civil han negado valor probatorio a las “cartas documento” de concesionarios o permisionarios del correo oficial, o de otros servicios privados, cada vez más importantes y confiables, aunque a veces sensiblemente onerosos, admitiéndolos sólo del correo oficial argentino, otrora dado en concesión.¹⁷² Esta distinción entre el concesionario y los licenciatarios pareció hilar demasiado fino, máxime cuando parte de la doctrina sostiene que no debiera existir diferencia entre ambas figuras.

A todo evento, la actual reestatización temporaria del servicio ha mutado el distingo: Hoy se trata del correo oficial de propiedad estatal, y de las múltiples licenciatarias privadas. El telegrama ha sido admitido en la práctica administrativa¹⁷³ y en las normas,¹⁷⁴ y parece razonable hacer igual extensión a la carta-documento. Por extensión, también el fax, cablegrama, télex y formas similares que el tiempo pueda originar, siempre que haya certeza en cuanto a la identidad del recurrente y a la recepción del documento. El crecimiento y constante transformación de Internet en aspectos que requieren tanta certeza como la compra a distancia utilizando tarjetas de crédito; la aparición de “certificados” o “firmas” electrónicas,¹⁷⁵ el desarrollo adquirido por el correo electrónico —*e-mail*— como medio de comunicación, todo ello permite prever el empleo creciente de estas vías

¹⁷² Comp. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de práctica...*, op. cit., p. 116; *Manual de Procedimientos...*, op. cit., 1ª ed., pp. 276-7 y 2ª ed., pp. 284-5. Recordemos que, privatizado en 1997 (véase decr. 262/97), Correo Argentino fue reestatizado por decr. 1075/03 de rescisión de la respectiva concesión; luego por decr. 721/04 se formó la sociedad Correo Oficial de la República Argentina S.A. (CORASA), cuyas acciones son propiedad del Estado nacional. La página web continúa llamándose www.correoargentino.com.ar. Ver BALBÍN, CARLOS F., “Régimen jurídico de las actividades empresariales del Estado. La empresas absorbidas por el Estado,” en AA.VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 625-38.

¹⁷³ PTN, *Dictámenes*, 68: 257; en igual sentido ley austríaca, art. 63, inc. 5º; HELBLING, op. cit., p. 367 y ss.; ADAMOVICH, op. cit., p. 222. Entre Ríos pide que el telegrama sea colacionado (art. 80), lo que es una exigencia innecesaria tanto desde el punto de vista de la administración como del recurrente. Una copia simple de un telegrama común, autenticada por la oficina expedidora, es más que suficiente para acreditar el envío del telegrama.

¹⁷⁴ Lo admite el último párrafo del art. 25: “Cuando se empleare el medio telegráfico para contestar traslados o vistas o interponer recursos, se entenderá presentando en la fecha de su imposición en la oficina postal.” En igual sentido el art. 45 *in fine* de la Ciudad de Buenos Aires; 26 de Córdoba; 29 *in fine* de Mendoza; 26 de Tucumán; 288 inc. 2º de Costa Rica.

¹⁷⁵ Nuestro país ha dictado la “Ley de firma digital” (ley 25.506, B.O., 14-XII-01), estableciendo en su art. 2º que “Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta en su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.” Explicamos someramente el tema en el t. 3, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos,” § 9, “Los instrumentos públicos en la era digital” y cap. X, “Formalidades,” § 8, “La firma del acto.” Ver también FARRÉS, PABLO “La resolución general IGJ, 4/2006: un avance parcial hacia el expediente digital en la Administración Pública Nacional,” *JA*, 2006-3, fas. 12, 20-IX-2006, pp. 49-52, y las referencias de sus notas 1, 4, 6 y 7.

para la presentación de recursos y realización de trámites.¹⁷⁶ Ya hemos dicho que en algunas hipótesis cabe admitir un recurso verbal,¹⁷⁷ como ha ocurrido en materia judicial.¹⁷⁸ Con el perfeccionamiento y standarización de los medios tecnológicos, puede ser admisible un recurso interpuesto telefónicamente,¹⁷⁹ y con mayor razón por *e-mail*. En lo que respecta a la firma, ella existe también en el caso de los telegramas y cablegramas, sólo que queda acreditada en el formulario presentado ante la oficina de correos respectiva, o ante la agencia de telecomunicaciones. Desde luego, el telegrama o cable no contiene ya firma, pero a pesar de ello constituye, por la circunstancia indicada, válida interposición del recurso.¹⁸⁰

10. *El recurso debe indicar el nombre, apellido y domicilio del recurrente*

En lo que hace a los requisitos de nombre y domicilio, su exigencia es lógica, al efecto de identificar al recurrente. Su finalidad única es esa, identificar el recurrente a los efectos del recurso, por lo que si existen defectos formales en su enunciación, ellos afectarán al recurso sólo en la medida en que impidan dicha identificación. Entonces, si el domicilio del recurrente no ha sido especificado,

¹⁷⁶ Algunos supuestos en que se ha admitido la utilización del facsímil, correo electrónico e Internet, en GORDILLO (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, 2003, comentario al art. 15 del rn, secc. III, p. 359, nota 26; GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, p. 361. Una novedad se encuentra en la opción del administrado de constituir, en el marco de la relación fisco-contribuyente, un domicilio fiscal electrónico el cual, de acuerdo a las previsiones del artículo incorporado por la ley 26.044 a continuación del art. 3 de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modif.) “producirá en el ámbito administrativo los efectos del domicilio fiscal constituido, siendo válidas y plenamente eficaces todas las notificaciones, emplazamientos y comunicaciones que allí se practiquen...” Concretamente, una vez constituido a dicho domicilio podrán notificarse, mediante el trámite previsto por el art. 100 inc. g) de la misma ley (comunicación electrónica), los actos administrativos a que se refiere la res. gral. (A.F.I.P.) 1995/06: liquidaciones de impuesto, citaciones, notificaciones, emplazamientos e intimaciones.

¹⁷⁷ En Francia el recurso administrativo puede ser interpuesto bajo “forma verbal:” AUBY, JEAN MARIE y FROMONT, MICHEL, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Economique Européenne*, París, 1971, p. 217. Ver también GUAITA, AURELIO, “Evolución del procedimiento económico-administrativo en España,” en *Revista de Derecho Financiero y de la Hacienda Pública*, vol. XXVII, n° 128, p. 599 y ss., 616 (Madrid, 1977); *supra*, notas 141 y 142.

¹⁷⁸ En el caso del amparo verbal expuesto por el enfermo en su cama hospitalaria y transmitido correctamente por los médicos al Juez para evitar un juicio de *mala praxis*, ni siquiera se da esta cualidad de presentación personal pero la solución fue creativa, justa, sabia. Ver nuestro libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed, cap. XI, “Los grandes fallos de la actualidad.”

¹⁷⁹ HELBLING, *op. cit.*, p. 384; FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 707, admiten el telegrama encargado por teléfono. Ello encuentra explicación en la circunstancia de que el número telefónico del abonado permite por lo general constatar la identidad de la persona que interpone el recurso, con lo cual se suple entonces el requisito de la firma. Lo mismo ocurre con el télex y con el *e-mail*, cuando administración y administrado hayan establecido ese vínculo. Si existe un *voice-mail*, nada impide admitir el recurso grabado telefónicamente.

¹⁸⁰ Ver la nota anterior, respecto a la firma de los telegramas interpuestos por teléfono: dado que la empresa telefónica al admitir el telefonograma efectúa el control de que el sea impuesto desde la línea telefónica registrada a nombre del emisor, corresponde admitirlo como manifestación válida de la voluntad de recurrir. Lo mismo es aplicable al télex.

pero la administración lo tiene en sus registros por alguna circunstancia relacionada o no con la cuestión que motiva el recurso, esa omisión no puede afectar al recurso ya que la administración puede suplir esa deficiencia haciendo las averiguaciones pertinentes. Así ocurre en el caso de los agentes públicos que recurran con motivo de su función; de los contratistas y proveedores del Estado, que figuran en registros especiales, por cualquier cuestión referente a sus contrataciones; de los usuarios de ciertos servicios públicos, que están registrados y fichados por las respectivas administraciones (empresas de agua y cloacas, distribuidoras eléctricas, licenciatarias telefónicas, etc.), por todo lo referente a tales servicios, etc. En última instancia, el padrón electoral provee, entre otros datos, el domicilio¹⁸¹ de los ciudadanos, lo que cubre una parte apreciable de los administrados. También puede ocurrirse al Registro Nacional de las Personas y la Policía Federal Argentina, cuyos registros son bien amplios. De todas maneras, si la administración quiere formalizar la constitución del domicilio especial con mayor rigorismo, puede intimar al presentante al efecto, como la autoriza en tal sentido el art. 20.¹⁸² Pero no parece sensato ni con sustento fáctico ya que no lo notificarán por cédula.

III. Requisitos sustanciales

11. *La clara manifestación de voluntad*

En cuanto a los requisitos sustanciales, de acuerdo con una reiterada doctrina y práctica administrativa, ellos se reducen a que exista *una clara manifestación de voluntad* del interesado de *obtener un nuevo pronunciamiento* de la administración,¹⁸³ en el caso de que se impugne un acto administrativo preexistente, o una expresión concreta de lo que se solicita, no habiendo impugnación de acto: “la petición concreta en términos claros y precisos.”¹⁸⁴

¹⁸¹ Además de proveer la filiación partidaria: El decreto 292/05, en su parte pertinente, dice: “Art. 2º: Los juzgados federales con competencia electoral en cada distrito elaborarán los padrones electorales especiales que se utilizarán en las elecciones internas abiertas y simultáneas [...] el padrón especial a utilizar en las citadas elecciones internas será el padrón general [...], al que se incorporará una columna que indique la condición de afiliado y a qué partido político pertenece. El padrón especial provisorio será provisto en soporte magnético [...] al Ministerio del Interior para su publicación en su portal de Internet. Art. 4º: El Ministerio del Interior habilitará un sitio en Internet para que los ciudadanos puedan consultar los padrones especiales provisorios y definitivos.”

¹⁸² El cual dispone: “Si no se constituyere domicilio, no se lo hiciere de acuerdo a lo dispuesto por el artículo anterior, o si el que se constituyere no existiera o desapareciera el local o edificio elegido o la numeración indicada, se intimará a la parte interesada en su domicilio real para que se constituya domicilio en debida forma, bajo apercibimiento de continuar el trámite sin intervención suya o de un apoderado o representante legal, o disponer la caducidad [...], según corresponda.” Conf. CABA, art. 40; Prov. de Buenos Aires, 26; Mendoza, 126; Tucumán, 23.

¹⁸³ PTN, *Dictámenes*, op. cit., 39: 115; 62: 112; 64: 208; 66: 225; 68: 22; 70: 210 y otros.

¹⁸⁴ RN, art. 16, inc. c); Ciudad de Buenos Aires, art. 36, inc. c); art. 33, inc. d), Prov. de Buenos Aires; 25, inc. d), Córdoba; 129, inc. d), Mendoza. Si un escrito contiene en forma clara la pretensión —más allá del error al calificarlo— la administración debe dar respuesta a dicha petición incluso si ésta fuera improcedente. CNFed. CA, Sala II, *Rodríguez Fuchs, LL*, 1997-A, 81, año 1996, con nuestra nota “Informalismo y amparo por mora,” reproducido en *Cien notas...*, op. cit., § 49, p. 129.

Sin embargo, “no se podrá exigir una claridad absoluta, sin lugar a duda alguna, en la expresión de voluntad del autor, sin situar en una condición de inferioridad sensible a ciudadanos que no escriban con soltura o que no estén acostumbrados al trato con las autoridades. Tiene que bastar, pues, que el recurrente exprese que no está conforme con el acto administrativo y que insiste en su derecho.”¹⁸⁵ La manifestación de voluntad puede ser expresa o razonablemente implícita; pero parece exagerado decir que “No es necesario que el recurso sea planteado por el administrado. La administración activa, por sí misma, puede, de oficio darlo por planteado y modificar las resoluciones de sus organismos dependientes.”¹⁸⁶ Ello confunde el control de oficio con el recurso: en esa hipótesis, hay control de oficio pero no recurso. No existen fórmulas sacramentales para interponer el recurso,¹⁸⁷ siendo suficiente una notificación en disconformidad,¹⁸⁸ o un escrito en el cual se insiste en su derecho luego de emitido el acto.¹⁸⁹ A pesar de la claridad del derecho nacional y comparado, en nuestro país siempre se han alzado voces que procuran contradecir o retrotraer este informalismo a favor del administrado que, en el caso, se manifiesta de la forma que acabamos de exponer.¹⁹⁰

12. Fundamentación del recurso

No se requiere que el recurso esté fundado en derecho¹⁹¹ ni que tenga una fundamentación de hecho, siempre que ello no atente contra la claridad de la pretensión:

¹⁸⁵ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 708.

¹⁸⁶ ANDREOZZI, MANUEL, *La materia contenciosoadministrativa*, Tucumán, 1947, p. 153. Distinto es el caso del recurso llamado *ex officio*, en que el funcionario está obligado a recurrir contra un acto, en determinadas situaciones que indica la ley, como ocurre en Brasil; LOPES MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, San Pablo, 1966, 2ª ed., p. 81.

¹⁸⁷ HUTCHINSON, t. II, *op. cit.*, p. 264: “Hay que erradicar el dogma de la regla formal del derecho por el de la conducta debida. Este principio prima en la aplicación de las normas de los distintos recursos y reclamos administrativos; una tesis contraria, o sea limitativa, provocaría desaciertos frustratorios en desmedro de la discusión de la cuestión de fondo.”

¹⁸⁸ Así decr. 7523/68, haciendo lugar a un recurso jerárquico interpuesto por tal medio: PTN, 5-IX-68; HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 337. La doctrina de la Procuración es, desde luego, obligatoria para todos los abogados de la administración; algunos de ellos, sin desobedecerla en sus dictámenes, propugnan en cambio en publicaciones independientes el retroceso de esa doctrina.

¹⁸⁹ Como señala FORSTHOFF, *op. loc. cit.*

¹⁹⁰ Propicia en cambio una interpretación rigurosa de la norma reglamentaria, contraviniendo los principios generales del decreto-ley TORRES, ISMAEL F., “La firma en disconformidad en el ámbito de la Ley N° 19.549 y su reglamentación, ¿importa la interposición de un recurso?”, *RAP*, 266: 17, Buenos Aires, 2000. Sin embargo y como ha dicho la misma Procuración del Tesoro de la Nación, no cabe desconocer las múltiples y firmes reglas hermenéuticas superadoras de la literalidad: *RAP*, 266: 66-67, esp. p. 65. Ver *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 11.4, “Aplicación del principio en materia de denominación de los recursos” y 11.5, “Otras aplicaciones del principio.” En el mismo sentido, el art. 348 de la ley de Costa Rica expresa que “Los recursos no requieren una redacción ni una pretensión especiales y bastará para su correcta formulación que de su texto se infiera claramente la petición de revisión.”

¹⁹¹ Art. 16, inc. b) del reglamento nacional; Ciudad de Buenos Aires, arts. 96 y 36, inc. b); art. 33, inc. c) de la Prov. de Buenos Aires; 25, inc. c), Córdoba; 129 inc. b) de Mendoza.

debe tener, entonces, solamente una descripción o “relación de los hechos.”¹⁹² Una vez impugnado el acto por una motivación, se puede ampliar posteriormente la motivación o los motivos de impugnación.¹⁹³ Así, p.ej, un escrito pidiendo el pago del sueldo o la jubilación parecería no requerir aclaración alguna ya que está implícito que se trata del sueldo o la jubilación del recurrente y que le sea adeudado; en cambio, un reclamo por daños y perjuicios producidos por un accidente exige precisar de qué accidente se trata. Lo único exigible es la claridad y concreción de la petición formulada. Por excepción, en algunos ordenamientos se exige la “fundamentación,”¹⁹⁴ lo que también puede interpretarse razonablemente del modo ya expuesto; es decir, que basta con que permita precisar la pretensión.

IV. Omisión de requisitos formales o sustanciales

13. *Criterio a seguir*

La omisión de cumplir con alguno de los requisitos formales o sustanciales indicados no implica que deba rechazarse el recurso. Hay un principio básico de saneamiento instructorio del recurso, como carga procesal de la administración.¹⁹⁵ A nuestro juicio, siempre que surja en forma clara la voluntad de recurrir o reclamar, debe considerarse interrumpido el término y a lo sumo, en su caso, es intimarse al recurrente a subsanar los defectos encontrados. El principio del saneamiento, que ya se ha extendido en los regímenes de todos los tribunales administrativos internacionales,¹⁹⁶ debe a nuestro juicio, con mayor razón, ser parte esencial del tratamiento de las presentaciones de cualquier índole en sede administrativa. De igual manera, si la oscuridad del escrito ofrece dudas respecto a qué es lo que reclama o recurre el interesado (pero no hay controversia acerca de que su voluntad es reclamar o recurrir), la solución pertinente no es que la administración pueda dar cualquier interpretación al escrito, sino que debe también pedir al recurrente la aclaración de su voluntad.¹⁹⁷

¹⁹² Art. 16, inc. b) del reglamento nacional; Ciudad de Buenos Aires, art. 36, inc. b); 33, inc. c) de la Prov. de Buenos Aires; 25, inc. c) de Córdoba; 129, inc. b) de Mendoza.

¹⁹³ CNFed. CA, Sala III, *Edesur S.A., LL*, 1999-E, 233.

¹⁹⁴ Prov. de Buenos Aires, arts. 89 y 90, para la revocatoria y 92 para el jerárquico; Córdoba, arts. 77 y 79 para la reconsideración y jerárquico. En Costa Rica, art. 285, inc. 1º, ap. d), se requieren “Los motivos o fundamentos de hecho,” pero su omisión no es un vicio formal (inc. 2º, *a contrario sensu*.)

¹⁹⁵ Art. 5, inc. d) del reglamento nacional; Colombia, art. 11; Honduras, art. 115; Perú, arts. 125 y 126; Venezuela, art. 45.

¹⁹⁶ A los que nos referimos en el t. 2, cap. XVI, “La justicia administrativa internacional.”

¹⁹⁷ ADAMOVICH, *op. cit.*, p. 223. En sentido similar, también puede resolverse dar al recurso la tramitación que corresponda siempre que ello se deduzca del escrito no obstante los eventuales errores en que se hubiere incurrido respecto a la calificación: Perú, art. 213: “*Error en la calificación*. El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter;” Bolivia, art. 42: “El órgano administrativo calificará y determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada, si las partes incurrieran en error en su aplicación o designación;” menos enfática es la solución recogida por Brasil, art. 63.

Otro criterio, más riguroso que el de considerar interrumpido el término, es el de intimar al peticionario a subsanar el defecto en un término perentorio, bajo apercibimiento de darle por decaído el derecho;¹⁹⁸ pero no lo creemos aconsejable ni admisible en ausencia de norma expresa.

En el derecho positivo argentino actual es frecuente encontrar normas que facultan, en caso de falencias formales o sustanciales del escrito, a intimar al presentante a subsanarlas bajo apercibimiento de *archivar* las actuaciones.¹⁹⁹ Esto no es lo mismo que dar por decaído el derecho ni el recurso, sino que es simplemente *paralizar* su trámite hasta que el impulso procesal de la parte supla las deficiencias de su escrito y logre sacar del archivo las actuaciones. El riesgo, claro está, es que una no muy eficiente organización del archivo pueda luego dificultar o imposibilitar su recuperación en tiempo útil.

Por lo expuesto, que se refuerza sustancialmente con el principio de la impulsión e instrucción de oficio, no somos partidarios de este tipo de procedimiento. Tampoco parece adecuado lo previsto en Mendoza en su art. 126,²⁰⁰ de que el apercibimiento puede serlo de continuar el trámite “sin su intervención.” Nada perjudica a la administración hacer las comunicaciones postales al interesado en su domicilio real si no lo constituyó legal en el radio urbano exigido. En la práctica la administración nacional efectúa las notificaciones en *cualquier* domicilio que el interesado indique, sea éste real o legal, dentro o fuera del radio urbano, etc. En verdad, existiendo un sistema real de notificaciones por *correo* y no por cédula, este comportamiento es el más ajustado a los principios del procedimiento administrativo. La exigencia del domicilio legal en el radio urbano sólo tiene sentido cuando se trata de notificaciones por cédula: existiendo en cambio servicio de correos²⁰¹ y siendo admisible la notificación postal, es obvio que cualquier domicilio es exactamente igual a los demás a estos efectos. La única excepción que podría concebirse a este criterio sería en aquellos supuestos excepcionales en que se trata de una comunidad a la cual no llega el servicio de correos. Pero incluso en tales casos un sano principio de igualdad ante la ley e instrucción de oficio justifica que se practique la notificación por cédula por intermedio de la policía

¹⁹⁸ ADAMOVICH, *op. cit.*, p. 223.

¹⁹⁹ Reglamento nacional, art. 20, respecto al domicilio; art. 40, Ciudad de Buenos Aires; art. 26, Provincia de Buenos Aires; 126 de Mendoza; 23 de Tucumán; art. 43, Bolivia: “la Administración Pública requerirá al interesado para que en un plazo de cinco días subsane la deficiencia o acompañe los documentos necesarios, con indicación de que, si así no lo hiciera, se dictará resolución teniendo por desistida su solicitud;” en la misma orientación, Brasil, art. 6° *in fine*; Perú, art. 125 incs. 1 y 2. La falta de presentación a ratificar la firma, en cambio, cuando hubiere duda sobre su autenticidad y se lo haya intimado fehacientemente al efecto, hace que el escrito se tenga “por no presentado.” art. 18 del reglamento nacional; 38 de la Ciudad de Buenos Aires; 32 de la Provincia de Buenos Aires; 259 de Corrientes; 25 de La Pampa; 431 de Mendoza.

²⁰⁰ En igual sentido el reglamento nacional, art. 20.

²⁰¹ Respecto de las notificaciones efectuadas a través de las permisionarias de la ex Empresa Nacional de Correos y Telégrafos, ver HALPERIN, DAVID ANDRÉS y GAMBIER, BELTRÁN, *La notificación en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 34. FARRANDO (H.), ISMAEL, “La notificación administrativa irregular,” en *Revista del Foro de Cuyo*, 2: 33-47, Mendoza, Diké, 1991.

local. En tal sentido Córdoba dispone en su art. 53 *in fine* que “Cuando en la localidad donde se domicilia la persona a notificarse no hubiera oficina de correos, la diligencia respectiva se encomendará a la autoridad policial que corresponda.” Es la solución que estimamos correcta. En suma, el requerimiento normativo de constituir domicilio en el radio urbano de la autoridad sólo tiene razón de ser en el ámbito judicial y no debería haber sido trasladado desde allí al procedimiento administrativo. Ya hemos mentado²⁰² que en tales urbanizaciones el correo no llega habitualmente hasta el domicilio mismo del interesado, sino que es dejado en la guardia, la cual efectúa su entrega física a la persona. También las notificaciones internas de decisiones de la administración respecto de los co-proprietarios suelen notificarse del mismo modo. Como se advierte fácilmente, es igual a la solución aplicada a veces en el radio urbano, en que los tribunales civiles toman por válida la entrega de la pieza a notificar en la portería del edificio y no en el piso y departamento que corresponda. A nuestro juicio la solución es errónea en radios urbanos, pero admisible en zonas rurales, y en barrios cerrados o clubes de campo donde no se ha dado a conocer, previamente, el número de lote, etc.

La notificación por “correo electrónico” —*e-mail*—²⁰³ ya implementada con carácter voluntario en algún organismo público y que hemos utilizado para el procedimiento de audiencia pública²⁰⁴ y utilizamos en los cursos de post-grado,²⁰⁵ plantea la necesidad de la constitución de un *domicilio electrónico*, en una “cassilla de correo” virtual. La existencia actual de múltiples *webmail* gratuitos y la creciente difusión de alternativas gratuitas o accesorias a otros servicios de Internet, así como la difusión en la administración pública y en las empresas de computación con acceso a Internet, etc., han cambiado el contexto fáctico del problema. Básicamente, este modo de notificación está cada vez al alcance de un mayor número de personas, presentando por su rapidez y economía enormes ventajas respecto de otros procedimientos. Su creciente utilización por la administración y los administrados es un hecho positivo que el derecho debe apoyar.

14. *La complementación de un recurso con otro*

Como caso particular puede también recordarse el escrito que no llene por sí mismo los requisitos de un recurso válido, pero cuyas deficiencias pueden ser salvadas apreciando como complemento de éste a otro escrito que tampoco independientemente fuera válido. En tal situación se ha resuelto, acertadamente, que puede no obstante considerarse al conjunto de los dos como un recurso formalmente válido. Ha dicho así la Procuración del Tesoro de la Nación que “Aunque la solicitud de fs. [...] no llena los requisitos de un recurso jerárquico independiente, ni tampoco la de fs. [...] representa un recurso jerárquico válido,

²⁰² En el t. 3, cap. I, § 13, “Clubos de campo y barrios cerrados.”

²⁰³ Ver *infra*, cap. V, “Notificación y publicación,” § 6.10, “Notificación por fax y por *e-mail*.”

²⁰⁴ Ver *supra*, t. 2, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

²⁰⁵ Ver *supra*, t. 3, cap. X, “Formalidades,” § 8.6, “El correo electrónico sin firma.”

ambas en conjunto forman un solo cuerpo de recurso conforme a los requisitos legales. Procede, por lo tanto, entrar al examen del fondo de la causa.”²⁰⁶ Parece una solución justa, correcta y práctica. En particular, es creativa en cuanto toma distintos elementos para interpretar, en función del principio *pro actione*, que el recurso ha sido válidamente interpuesto.

V. Efectos de la interposición del recurso

15. *La suspensión o no del acto*

Hemos tratado *in extenso* en otro lugar lo relativo a si la interposición del recurso administrativo suspende o no la ejecución del acto impugnado.²⁰⁷

16. *Interrumpe el término*

La interrupción del término²⁰⁸ es el primer efecto de la interposición oportuna del recurso, aunque debe recordarse que la *prescripción* se rige por otros principios que luego veremos. A pesar de los defectos que el recurso tenga, ellos pueden ser salvados, ya que no afectan la posibilidad de continuar la controversia. Pero si el recurso no se presentó en término, aun como notificación en disconformidad o expresión de voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento, todo puede estar perdido si los tribunales desoyen el decr. 229/00 y persisten en el absurdo de *Gorordo y Romero*.²⁰⁹ Puede ampliarse la fundamentación de hecho o de derecho del recurso, los motivos de impugnación, los aspectos objetados del acto, etc.²¹⁰

²⁰⁶ PTN, *Dictámenes*, 56: 69, 73; 70: 210.

²⁰⁷ Ver *supra*, t. 3, cap. V, “Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad.”

²⁰⁸ Ampliar en GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1991, 4ª ed., pp. 1024, 1041; CAZORLA PRIETO, LUIS M. y ALCUBILLA, ENRIQUE A., *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1988, p. 858, agregan que “una vez iniciado el procedimiento, surgen para el interesado los derechos para participar activamente en su tramitación y desarrollo y para el órgano competente el deber de impulsarlo hasta llegar hasta su resolución;” GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, p. 1744 y ss.

²⁰⁹ *Infra*, cap. VIII, § 10, “Interrupción de los términos.” En Tucumán, art. 40: “la interposición de recursos administrativos interrumpirá el curso de los plazos, aunque aquellos hubieren sido mal calificados, adolecieren de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órganos incompetentes;” Buenos Aires, 75; Mendoza, 186, inc. a). Sin embargo, los recursos administrativos extemporáneos no siempre tienen efecto interruptivo: CSJN, *Gorordo*, LL, 1999-E, 186; COMADIRA, JULIO RODOLFO, “El caso «Gorordo»: nueva jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de habilitación de la instancia y revisión judicial de la denuncia de ilegitimidad,” en *Derecho Administrativo. Acto...*, *op. cit.*, cap. XVIII, p. 469 y ss.; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “La habilitación de la instancia judicial en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [...],” *RDA*, 27-9: 73, 1998; REJTMAN FARAH, MARIO, “Un importante giro jurisprudencial en la revisión de oficio de la llamada «Habilitación de la instancia»,” LL, 1999-E, 185; TORANZO, ALEJO, “Declaración de «oficio» de la caducidad de la acción contenciosoadministrativa. La Corte Suprema se aparta de sus precedentes menguando su autoridad vertical,” LL, 1999-E, 757; MÁNTARAS, PABLO, “¿Corresponde verificar de oficio la habilitación de instancia en el proceso contenciosoadministrativo?,” LL, 2000-C, 131, § VI-3, nota 16 y texto.

²¹⁰ Ampliar *infra*, § 17, *supra*, § 12, “Fundamentación del recurso” y nota 182.

17. *No interrumpe la prescripción de la acción*

En las acciones judiciales su interposición interrumpe la prescripción de la acción,²¹¹ pero en materia de recursos administrativos la solución no ha sido siempre igualmente clara. La jurisprudencia de la CSJN, p. ej., se negó tradicionalmente a reconocer carácter interruptivo de la prescripción a las tramitaciones administrativas iniciadas por el particular, incluso la “reclamación administrativa previa,” cuya presentación era un requisito para poder luego acudir a la instancia judicial.²¹² La solución era criticable y obligaba al interesado a presentar la demanda al sólo efecto de interrumpir la prescripción, para continuar entonces con la tramitación administrativa hasta su terminación o hasta el transcurso del término de denegación tácita, para recién entonces continuar con la acción judicial.

El problema ha quedado salvado de dos maneras: primero, con la modificación al art. 3986 del Código Civil, que admite desde 1968 la suspensión de la prescripción; segundo, con el decreto-ley 19.549/72 en el orden nacional, que consagra expresamente *la remisión* de la prescripción.²¹³

Sin embargo, esta norma ha sido interpretada restrictivamente por la CSJN, que exige que la presentación se haya realizado específicamente ante el órgano competente,²¹⁴ lo cual puede obligar a presentarlo por las dudas a diversas posibles autoridades, para no quedar sometido a eventuales nuevas interpretaciones acerca de dónde debería haberse presentado el escrito. Una vez más, es preferible pecar por exceso que por omisión. Así como el buen conductor debe adivinar qué harán los otros conductores al volante, el buen abogado debe adivinar en qué algún próximo fallo futuro empeorará su situación jurídica actual, con carácter retroactivo.²¹⁵

18. *Suspende la prescripción de la acción*

18.1. *Suspensión por un año, una sola vez*

El art. 3986 del Código Civil dice que “La prescripción liberatoria se suspende, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma au-

²¹¹ BODDA, PIETRO, *Giustizia amministrativa*, Turín, 1963, p. 87; Código Civil, art. 3986.

²¹² CSJN, *Fallos*, 103: 155, *Banco Constructor de La Plata*, 1905; 111: 65; 113: 194; 115: 395 y otros. Ver BIANCHI, *op. loc. cit.* en nota 2.

²¹³ Con respecto al efecto interruptivo de los recursos administrativos sobre el plazo del art. 25, la Sala II sostuvo que, si de los actos impugnativos se infiere la voluntad del actor de proseguir la causa, el Estado no puede invocar “órbices formales a la procedencia de la vía judicial dado que no se ha configurado inactividad del interesado,” *Díaz, LL*, 1995-E, 525.

²¹⁴ CSJN, *Compañía Azucarera Concepción S.A., LL*, 1999-E, 216, aunque el caso tenía particularidades de hecho en que la solución se justificaba por la doctrina de los actos propios: el propio peticionante reconoce en sus escritos que la presentación la hizo, a sabiendas, ante órgano incompetente, cons. 20-22.

²¹⁵ Uno de tantos ejemplos fue CSJN, *Horvath, LL*, 1995-D, 721, con nuestra nota “Ninguna clase de hombres,” *LL*, 1995-D, 718, reproducida en *Cien notas...*, *op. cit.*, § 11, pp. 51-6. Ver también nuestros comentarios en el libro de NIETO y GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, comentario n° 9: “Mejor abogado, mejor derecho,” p. 81.

téntica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción.”

En virtud de esta norma, un recurso o reclamación que solicite concretamente un derecho sujeto a prescripción liberatoria, o que impugne un acto que lo denegara, produce el efecto de suspender el curso de la prescripción durante un año. No se requiere formalidad alguna expresa ya que la “constitución en mora del deudor” resulta tácita e inequívocamente de la reclamación o recurso. En cuanto al requisito de que ella se efectúe “en forma auténtica,” es suficiente autenticidad su recepción administrativa, a los fines de esta norma;²¹⁶ a los efectos probatorios será suficiente acompañar copia del escrito, firmada o sellada por la oficina respectiva, o el expediente administrativo mismo en el cual el escrito esté incluido, o copia certificada del telegrama enviado.

Claro está, la intimación efectuada mediante escribano público reúne siempre las máximas garantías de certeza en cuanto a la prueba y suficiencia de la suspensión así producida. A la administración no le proporciona particular entusiasmo este procedimiento, por temor a lo desconocido, pero el impacto y las consecuencias no deseadas son menores si se lo hace por ante la Mesa de Entradas.

18.2. *Caducidad de la instancia. Remisión*

Otro efecto importante que produce la interposición de un recurso administrativo es que “Las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales [...] inclusive los relativos a la prescripción,” en tanto el procedimiento no sea declarado en caducidad imputable al recurrente y en todo caso por lo menos hasta la fecha en que quede firme el acto administrativo que declare tal caducidad.²¹⁷

La diferencia entre esta norma y la recién explicada²¹⁸ reside en el ámbito de aplicación: el decreto-ley de procedimiento administrativo nacional permite tener por suspendidos, de la manera indicada, los plazos de prescripción contra la Nación y entes descentralizados nacionales. En las Provincias, a falta de normas similares, sólo cabe tener presente la suspensión por un año que autoriza el art. 3986 del Código Civil y ello siempre que no haya, lo que es frecuente, algún plazo de caducidad más breve para la iniciación de acciones procesales administrativas.

Veremos más adelante al explicar los términos en el procedimiento, que se ha interpretado incluso que los términos quedan remitidos por virtud de esta norma y que en caso de producirse la caducidad de la instancia no sigue corriendo el término ya empezado, sino que empieza a correr de nuevo.²¹⁹

²¹⁶ Sobre el carácter de instrumento público del expedientes administrativos: t. 3, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos.”

²¹⁷ Decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. e), ap. 9º.

²¹⁸ *Supra*, § 18.1, “Suspensión por un año, una sola vez.”

²¹⁹ *Infra*, cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento,” § 11, “La remisión de los términos.”

18.3. *El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa*²²⁰

Hacia el fin del milenio se tornó inevitable volver sobre los efectos y la interpretación de lo resuelto por la CSJN *in re Gorordo*.²²¹ En dicha oportunidad la Corte Suprema de la Justicia de la Nación modificó su posición de *Construcciones Taddia S.A.*²²² y *Cohen*.²²³ En esta ocasión sostuvo la facultad del juez de examinar liminarmente y de oficio a) el cumplimiento de los presupuestos procesales para que el órgano judicial pueda examinar la pretensión en cuanto al fondo y b) el no vencimiento del plazo del art. 25, c) no tratarse de la impugnación de una resolución desestimatoria de una denuncia de ilegitimidad. Esto último pretende echar por tierra con la denuncia de ilegitimidad. La doctrina nacional que se levantó en otras épocas contra este medio de vigencia del principio de legalidad en la administración, rindió así una vez más sus frutos.²²⁴ El decr. 229/00 resuelve lo contrario, pero ¿quién puede confiar en una solución justa en este marasmo?

Aquella tesitura jurisprudencial del siglo XX fue limitada en un fallo posterior, *Tajes*.²²⁵ Allí, la Corte revocó un fallo de Cámara que había revocado otro que a) desestimaba las excepciones de caducidad y prescripción planteadas por el Estado y b) habilitaba la instancia judicial. La 2ª instancia dió como fundamento el tratarse de la impugnación de un acto desestimatorio de una denuncia de ilegitimidad —aspecto no planteado por la demandada— y haber transcurrido el plazo del art. 25, todo ello conforme a *Gorordo* de la CSJN. Pero no habría de ser así: la Corte resolvió conforme lo decidido en el anterior caso *Cohen* —de cuya doctrina se había apartado en *Gorordo*— en el sentido que el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos en la causa es incompatible con las garantías constitucionales. Así, la CSJN resolvió no admitir que la Cámara constatará de oficio precisamente la inexistencia de uno de los *presupuestos procesales* señalados en *Gorordo*. En los votos minoritarios de *Tajes* se explicó la manifiesta inconsecuencia del voto mayoritario, sosteniéndose que el *examen* de los presupuestos en cuestión sólo podía ser efectuado por el juez de primera instancia, en una etapa preliminar al traslado de la demanda. Es ésta pues una época de transición harto peligrosa, en la cual los derechos de los particulares quedan sacrificados a los vaivenes de la jurisprudencia.²²⁶ Toca a los administrados estar muy atentos a la defensa de sus derechos, tanto frente a la

²²⁰ Ver JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, COMADIRA, REJTMAN FARAH, TORANZO Y MÁNTARAS, *supra*, nota 197; también COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario al art. 25, § 7, p. 473 y ss; RUIZ, SERGIO RAÚL, “Exigencia supletoria de presupuestos procesales,” *LL, Suplemento administrativo*, septiembre de 2006, p. 29.

²²¹ CSJN, *LL*, 1999-E, 186; en igual sentido, CNFed. CA en pleno, *LL*, 1999-E, 140, *Romero*.

²²² CSJN, *Fallos*, 315-3: 2217, año 1992.

²²³ CSJN, *Fallos*, 313-1: 228, año 1990.

²²⁴ Ver t. 3, “Introducción,” § 2, “El modelo autoritario de acto administrativo,” nota 44.

²²⁵ CSJN, 31 de marzo de 1999, *Fallos*, 322-1: 551. Para otra postura ver COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, título IV, § 3.4, pp. 417-8: “no existe discordancia entre lo fallado por la Corte en «Gorordo», primero, y «Tajes», después.”

²²⁶ Ver RUIZ, *op. loc. cit.*

administración como la justicia. Y en todo caso deberán recurrir a los remedios supranacionales para terminar con esta absurda y contradictoria²²⁷ denegación permanente de justicia.

19. *No implica trabar la litis en forma inmutable*

En el procedimiento administrativo no se aplica el principio procesal que impide a las partes modificar los términos de una contienda una vez trabada la *litiscontestatio*;²²⁸ por ello, con posterioridad a la presentación del recurso puede ampliarse la petición efectuada. Este principio se encontraba ya reconocido en el art. 8° del decr. 7520/44, donde se disponía que luego de sustanciado el recurso y antes de decidir, se diera vista de lo actuado al recurrente y a la autoridad administrativa interesada para que presenten memorial y “aduzcan nuevos motivos.” Ello fue entendido en el sentido de que podían aducirse no sólo nuevas razones en sustento del recurso, sino también nuevos y distintos motivos o puntos de reclamación,²²⁹ lo que constituye una importante diferenciación con la acción civil. Ello se explica por el carácter objetivo de estos recursos, que persiguen la defensa de la legalidad de la marcha administrativa. También por la vigencia en el procedimiento administrativo del principio de la instrucción de oficio y de la verdad material, de acuerdo con los cuales la administración no está ligada exclusivamente a los hechos aducidos por las partes. Ella debe investigar, independientemente, la verdad real de la situación de hecho en que debe decidir.²³⁰

También contribuye a fundar esta solución el hecho de que la ampliación del recurso no hace sino suscitar el poder general que tiene el superior para controlar la legitimidad de los actos impugnados²³¹ y que la administración puede de todos modos decidir puntos no propuestos por las partes,²³² todo lo cual indica que la alteración de los términos originales en que se planteara el recurso no atenta

²²⁷ Estos permanentes *voltefoces* no inspiran precisamente otro de los principios que enuncia la Corte y que expusiera COVIELLO, PEDRO J. J., “La confianza legítima,” *ED*, 177: 894 y el más completo desarrollo de su libro “La protección de la confianza del administrado,” Buenos Aires, Abeledo-Perrot/LexisNexis, 2004.

²²⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 129. Con posterioridad a la reforma de 1992 ver GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, pp. 1740-1: “Los interesados podrán formular alegaciones en cualquier momento, en aplicación del art. 79, LRJPA;” igual solución en nuestro país.

²²⁹ Doctrina nacional y extranjera uniforme.

²³⁰ Ver *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 15.6, “Principio de la verdad material.”

²³¹ FLEINER, *op. cit.*, p. 147.

²³² Ver *supra*, cap. II, § 15, “Decisión del recurso. Inadmisibilidad de la *reformatio in pejus*.” Dice PUCHETTI, *op. cit.*, pp. 188-189, “una vez presentado el recurso jerárquico, el acto administrativo al cual se refiere, está impugnado en toda su extensión,” por lo que a su juicio no podría admitirse “para los motivos no aducidos y adjuntados dentro del término, una presunción absoluta de legitimidad.” Pero ello tiene como límites generales el principio de la estabilidad de los actos administrativos (*supra*, t. 3, cap. VI, § 4, “Acto administrativo” y ss.) y el de la inadmisibilidad de la *reformatio in pejus*. *Supra*, cap. II, § 15, notas 99, 114, 124, 125; GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, p. 1744: art. 113, inc. 3°: “el órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones [...] plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados.” Ver nota 10.

contra los principios básicos del procedimiento administrativo sino que por el contrario los complementa.²³³

Es que el individuo tiene un derecho al recurso, que no puede limitársele ni conculcársele. No puede negarse al recurrente la posibilidad de aducir nuevos motivos, mientras el recurso no haya sido resuelto;²³⁴ nada impide nuestro juicio, que los introduzca posteriormente a los fines de ulteriores decisiones administrativas o en su caso judiciales. Es en tal sentido que entendemos el art. 77 del reglamento nacional cuando dice por ello que “Podrá ampliarse la fundamentación de los recursos [...] en cualquier momento antes de la resolución.” Con mayor claridad aun, el art. 290 de la ley de Costa Rica determina que “La parte promotora podrá cambiar o sustituir la petición en el curso del procedimiento sin necesidad de instaurar otro, siempre que lo haga invocando la misma causa, por la que se entenderá el interés legítimo o el derecho subjetivo y los hechos invocados.” Es la solución que debemos extender a los derechos de incidencia colectiva.

20. *No afecta las facultades del inferior para revocar el acto impugnado*

Si bien la cuestión no es resuelta uniformemente por la doctrina, la orientación administrativa argentina²³⁵ se ha inclinado por considerar que “interpuesto un recurso jerárquico y mientras se halla pendiente de decisión, él no suspende, restringe ni limita, las atribuciones ordinarias del órgano que ha emanado el acto administrativo impugnado, para revocarlo o reformarlo de la misma manera que podría hacerlo con relación a un acto administrativo no recurrido.”²³⁶

21. *Efectos de la interposición conjunta de más de un recurso*

21.1. *Recursos improcedentes*

Cuando en un mismo escrito se plantea más de un recurso, debe tomarse en cuenta sólo el que resulte ser el principal procedente, dejando de lado los improcedentes

²³³ Señala SCHWARTZ, BERNARD, *Lions Over the Throne – The Judicial Revolution in English Administrative Law*, Nueva York, New York University Press, 1987, p. 13, el derecho a que se resuelvan los recursos “con un espíritu judicial,” de acuerdo con los principios de la justicia sustantiva. Pero ello solo puede hacerlo una agencia independiente de la administración, para resolver conflictos de los que sea un tercero desinteresado de la controversia, con control judicial. Si es la administración misma, “siempre faltará un elemento decisivo [...]: la neutralidad e independencia del órgano llamado a decidir la controversia,” como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. II, *op. cit.*, XXIII, § I, 1, p. 527. Por eso hemos propuesto, en el estilo canadiense, sustituir la administración pública por un sistema de tribunales administrativos imparciales e independientes: “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa”, en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962. Ver también las demás referencias efectuadas *supra*, notas 23 y 31.

²³⁴ GIANNINI, *op. cit.*, p. 53.

²³⁵ En esta solución PTN, *Dictámenes*, *op. cit.*, 36: 317, 53: 257, 280 y otros.

²³⁶ Ver *supra*, cap. II, “El administrador,” § 12, “Revocación de su propio acto, impugnado jerárquicamente” y ss.

y aclarándose que el interponer recursos innecesarios, previa o conjuntamente con el principal y procedente, no afecta el normal ejercicio de éste.²³⁷

21.2. *Recursos en subsidio*

En la práctica nacional se había rechazado antiguamente la posibilidad de interponer un recurso —p. ej, el jerárquico—, en subsidio de otro para el caso de que lo denegaran. La interpretación se basaba en que no habría un interés actual para recurrir.²³⁸ La legislación actual permite expresamente interponer recursos en subsidio de otros²³⁹ y los considera como norma general *interpuestos de pleno derecho*, sin necesidad de manifestación expresa en tal sentido.²⁴⁰ Si bien no se dá el caso, que recordamos más arriba, de que un recurso pudiera ser interpuesto de oficio por la administración, sí tenemos de este modo recursos interpuestos *ex lege*.

Con esta solución, basta la presentación por el particular de un escrito en el cual recurre o manifiesta su discontinuidad en relación a determinado acto, para que el orden jurídico estime que está suficientemente manifestada su voluntad de impugnar administrativamente el acto por las subsiguientes vías de recurso, pues resulta obvio que el interés entre la administración coincide con el interés público de facilitar el cuestionamiento y consecuente revisión de eventuales actos ilegítimos y no la callada supervivencia de ilegitimidades por las meras triquiñuelas del procedimiento, cuando ellas son en perjuicio del particular y de tales superiores principios del derecho.

22. *Hacia la unidad del recurso administrativo*²⁴¹

De lo expuesto precedentemente se sigue que están dadas las condiciones para avanzar un paso en la regulación y práctica del procedimiento administrativo, tendiéndose a la unidad del recurso administrativo. La situación actual no aparece como excesivamente lejana de este objetivo. En efecto, la aparente complejidad del régimen establecido en el reglamento no impide advertir, en un primer criterio, que *es posible agotar la vía administrativa con un sólo recurso, el jerárquico* ya sea éste deducido contra un acto administrativo definitivo o asimilable a tal de un órgano de la administración central (arts. 89 y 90 del reglamento) o bien, según sea el caso, de un órgano inferior de un ente descentralizado (art. 93 del reglamento.) Es posible hacer un segundo análisis, de igual resultado, con otro

²³⁷ PTN, *Dictámenes*, 71: 89; solución uniforme.

²³⁸ Para una crítica del punto, ver *supra*, t. 2, caps. II a IV.

²³⁹ RN, art. 88; Ciudad de Buenos Aires, 107; Prov. de Buenos Aires, 91; Córdoba, 79.

²⁴⁰ RN, art. 88: “El recurso de reconsideración contra actos definitivos o asimilables a ellos, lleva implícito el recurso jerárquico en subsidio.” Prov. Buenos Aires, 91; Tucumán, 65 *in fine*.

²⁴¹ La doctrina y legislación españolas vienen avanzando, en la “unificación de los recursos ordinarios,” como recuerda ENTRENA CUESTA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 273. Además es imprescindible para resolver algunos enredos normativos: ver nuestro art. “El inmigrante irregular en la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino,” *LL*, 4-II-2004, § 7, p. 4.

recurso. En efecto, la asignación al recurso de reconsideración del carácter de recurso jerárquico implícito en subsidio, que efectúa el art. 88 del reglamento, cabe ser unida a otro punto. Es la extensión que efectúa el art. 93, “salvo norma expresa en contrario” (no existente), de la aplicación de las disposiciones generales relativas a los recursos jerárquicos. Ambos aspectos, tomados conjuntamente,²⁴² implican que es posible agotar la vía con un recurso de reconsideración, sin carga alguna adicional y con la facultad de mejorar o ampliar los fundamentos del recurso en la oportunidad establecida en la última parte del art. 88.²⁴³ Claro que para esto hay que reaccionar en diez días hábiles, dos semanas en total.

En definitiva, o se presenta dentro de los diez días un recurso de reconsideración, o dentro de los quince un recurso jerárquico en su caso y con ello se satisfacen las dificultades de *Gorordo*. A los efectos expuestos y salvo la absurda diferencia de plazos, da lo mismo la reconsideración que el jerárquico cuando es necesario agotar la vía. Cabe entonces preguntarse cuál es el sentido de diferenciarlos. Después habrá tiempo de ampliarlo y mejorarlo, siempre que algún innovador *pro administratione*²⁴⁴ no tenga éxito en resucitar la fenecida *reformatio in pejus*,²⁴⁵ luego de haber herido a la denuncia de ilegitimidad.²⁴⁶ Presentar el recurso administrativo en término, se ha transformado ahora —anómalamente— en cuestión de vida o muerte de los derechos, si los tribunales persisten en aquella tesitura pese al decr. 229/00, lo que está por verse. Todas las garantías constitucionales pierden tutela judicial en diez o quince días hábiles, el tiempo de unas vacaciones de verano como observaron hace tiempo GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ.²⁴⁷

De todos modos, podría avanzarse en el camino hacia la simplificación de los procedimientos y asegurar al particular adecuadas oportunidades de defensa.²⁴⁸

a) Estableciendo que el recurso administrativo, único e innominado, puede llevar también implícito los recursos que preveían los apartados a) y b) del texto del art. 87 anterior a la reforma efectuada por decr. 1883/91, por simple manifestación en tal sentido del particular, que podrá efectuarse en el mismo

²⁴² Sea a los recursos jerárquicos (“jerárquico menor”) deducidos en el ámbito de los entes autárquicos —en suma descentralizados— HUTCHINSON, *Régimen...*, op. cit., p. 355.

²⁴³ La supresión de los recursos de apelación menor y mayor por parte del decr. n° 1883/91 ha contribuido a simplificar el trámite. Aunque dichos recursos tenían carácter facultativo, su desaparición no ha significado restar posibilidades reales al particular. Comp. HUTCHINSON, *Régimen...*, op. cit., p. 191.

²⁴⁴ Aunque los defensores del poder se han fracturado en dos campos: *pro administratione* y *pro privilegium*. O sea los defensores del poder político y los defensores del poder económico; sus intereses a veces divergen y a veces coinciden, pero siempre suelen estar opuestos a los del individuo, el administrado o la parte más débil de la relación jurídica.

²⁴⁵ *Supra*, nota 211 y 10; cap. II, “El administrador,” notas 99, 114, 124, 125.

²⁴⁶ Que, casi como el ave Fénix, agita todavía sus alas en el decr. 229/00, art. 3°.

²⁴⁷ La reforma española ha mejorado pero no resuelto las cosas: ver GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., t. I, 2006, 12ª ed., 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, § III, 1, p. 624; t. II, op. cit., cap. XXIII, § I, 2, p. 529.

²⁴⁸ Ampliar en CANOSA, “Propuestas de reformas al régimen de impugnación de actos administrativos,” en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, op. cit., pp. 715-24.

recurso o en cualquier momento previo a la elevación de las actuaciones para la resolución del jerárquico implícito. O sea, puede dirigirse a la autoridad que el recurrente quiera, en la línea jerárquica.

b) Estableciendo que ese único recurso lleva también implícito, de pleno derecho, los voluntarios posteriores a aquellos requeridos para el agotamiento de la vía administrativa —*v. gr.*, art. 100 del reglamento— salvo manifestación expresa en contrario, que podrá efectuarse en cualquier momento anterior al tratamiento de los expresados recursos. Más la posibilidad de desistirlo en cualquier momento.

c) Eliminación lisa y llana del recurso de alzada.

d) Establecer que la impugnación administrativa, bien o mal hecha pero *dentro del plazo para acceder a la justicia*, interrumpe definitivamente dicho plazo, sin que pueda ya ponerse obstáculo a la apertura de la instancia judicial para los actos expresos que rechacen la pretensión, o sin otro plazo que el de la prescripción en caso de silencio de la administración.

En tal sentido cabe destacar la coherencia de las ideas en boga en España, donde se concebía posible otorgar un mes para la reposición, “transcurrido el cual únicamente podrá interponerse recurso contencioso–administrativo.”²⁴⁹ Nuestra jurisprudencia resuelve la pérdida de la vía judicial por no haber recurrido en término ante la administración; en España en cambio no hay óbice a que perdido el plazo del recurso administrativo quede, de allí en más, expedita la vía judicial.

La unidad del sistema recursivo no habría de consistir sólo en la admisión del efecto subsidiario de toda impugnación, sino también en la unificación de los términos:²⁵⁰ impugnación, tipo de actos impugnables, plazo para su resolución,²⁵¹ legitimación que se requiere en cada caso, etc.²⁵² Teóricamente, podría llegarse a una situación en la cual sólo cupiera distinguir qué autoridad resuelve en cada instancia y nada más. Ciertamente, podrán hacerse distingos según el nivel jerárquico ante quien se recurra, pero ello no alterará el recurso mismo.

De poder obtenerse el progreso del orden jurídico administrativo en el sentido indicado se lo aproximaría también a los principios modernos en materia de unidad de la acción procesal administrativa y pluralidad de pretensiones.

²⁴⁹ ENTRENA CUESTA, *op. cit.*, p. 274, nota 3.

²⁵⁰ Señala ENTRENA CUESTA, *op. cit.*, p. 243, que los “plazos distintos sin aparente justificación” denotan “una auténtica *balcanización*” del procedimiento.

²⁵¹ En este sentido, algo se ha avanzado en la reforma del reglamento por el decr. n° 1883/91, unificando los términos de resolución de los recursos de reconsideración y jerárquico, aunque también puede argumentarse que difícilmente se advierta en la práctica administrativa el caso de un recurso jerárquico resuelto en el plazo correspondiente de treinta días.

²⁵² La Constitución de 1994 ha resuelto este punto y la jurisprudencia de grado lo ha admitido, como explicamos en los caps. II y III del t. 2.

Es posible avanzar a partir del estado actual del derecho viviente. Su actual interpretación es inconstitucional. Tiene, el que lo interprete y aplique, la salida decorosa de invocar el decr. 229/00.

Capítulo IV

ACCESO A LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS¹

I. Caracteres que debe reunir el acceso a las actuaciones

1. *Vistas y traslados en derecho procesal y en derecho administrativo*

En el derecho procesal el conocimiento de las actuaciones judiciales y el acceso irrestricto de las partes y letrados a ellas es elemental, como así también la entrega de copias para traslado de los escritos presentados, e incluso el acceso indiscriminado de cualquier profesional a las actuaciones;² el préstamo del expediente es también una rutina. Los delitos que ocasionalmente se cometen, como sustracción de expedientes, jamás han llevado a pensar en la posibilidad de restringir con carácter general el acceso a los actuados.

Por eso en el derecho procesal administrativo se hace necesaria encuadrar el tema primero como un problema de acceso a las actuaciones, lo cual compromete también la transparencia administrativa y la participación ciudadana en el procedimiento, máxime desde el reconocimiento constitucional de la legitimación de los titulares de derechos de incidencia colectiva.

Cabe señalar, además, que en el derecho y la práctica procesales, precisamente porque el acceso es irrestricto, sólo se distingue si el expediente está “a despacho”

¹ Hemos cambiado el anterior título de “Vistas y traslados,” siguiendo la primera parte del ejemplo del trabajo de MONTI, LAURA, “El acceso a las actuaciones administrativas. La vista en el procedimiento administrativo,” publicado en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerot, 2009, cap. XXIII, pp. 267-77. Ver también AMMIRATO, AURELIO; SCHEIBLER, GUILLERMO y TRÍPOLI, PABLO, “Ley 104 de acceso a la información de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” *LL*, 2003-F, 294, esp. § IX; SCHEIBLER, “Luces y sombras del acceso a la información en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” *LL*, 2006-A, 891; ALANIS, SEBASTIÁN DIONISIO, “El acceso a la información pública como elemento de transformación en la emergencia,” en AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 69-82.

² Ver CANOSA, ARMANDO NORBERTO, “La vista en el procedimiento administrativo,” *ED*, 134: 899, 900. La admisibilidad de estos principios fluye de normas y antecedentes que vimos en el t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa)” y 11, “Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado” y encuadra en enunciados más generales, como CSJN, *Fallos*, 253: 101, *Empresas Rodríguez*, 1962.

o está en cambio en los casilleros, y sólo cuando está “adentro,” “a despacho,” encuentra una limitación temporal el acceso visual a los actuados. Lo que en derecho procesal se conoce y analiza es el traslado, esto es, una forma especial de notificación a las partes de los actos procesales del juzgado y de aquéllas.³

Es decir que, sin perjuicio del derecho irrestricto que tienen los interesados a acceder a la lectura y copia por cualquier medio de las actuaciones administrativas, sin ningún tipo de recaudo, libremente y en todo momento, se agregan notificaciones especiales de determinados actos a fin de hacerles correr términos a las partes para manifestarse al respecto.

En derecho administrativo la expresión “traslado” no es usual,⁴ utilizándose en su lugar el concepto de “notificación” del o los actos del procedimiento;⁵ en el derecho administrativo más tradicional existía la institución de la “vista” de las actuaciones, como supuesta circunstancia no normal y permanente o constante, ininterrumpida, del procedimiento. La idea que parecía estar en el trasfondo del funcionamiento práctico de la institución era como si el procedimiento fuera de ordinario reservado o secreto y sólo en los casos en que excepcionalmente correspondiere⁶ podía la administración levantar fugazmente el velo de esa suerte de regla ordinaria de comportamiento, permitiendo entonces, de modo transitorio y casi siempre breve, el acceso de los interesados al expediente. Esa impresión que el tema daba al observador casual o al burócrata temeroso o ignorante había sido, por cierto, objeto de coherentes y expresas refutaciones doctrinarias, con claro sustento constitucional.

Incluso puede afirmarse que ningún autor sostuvo seriamente nociones como las que acabamos de expresar. Pero la práctica administrativa, en cambio, sí parecía responder a veces a razonamientos de esa índole. Desde 1972 el derecho positivo argentino tampoco admite duda alguna en el punto porque lo construido por la doctrina antes de entonces fue taxativamente establecido en el art. 38 del reglamento y en el art. 1º, inc. f), aps. 1º a 3º, del decreto-ley 19.549/72. Sin embargo y como era de prever, el cumplimiento de la norma no ha sido como pudiera haberse deseado y se observan en la práctica muchas supervivencias del anterior preconcepto burocrático, pero existe un constante proceso en este punto, con la

³ Aun cuando en el derecho procesal se utiliza el término “vista,” él no tiene el sentido del derecho administrativo, sino el de “traslado,” o de un tipo de “traslado:” una forma específica de llevar determinado acto procesal a conocimiento de la otra parte. Así p. ej. MORELLO, AUGUSTO M. y otros, *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados*, t. I, Buenos Aires, 1970, dice que “los traslados o vistas de las distintas peticiones formuladas por los justiciables en el curso del proceso, tienen virtualidad a través de las notificaciones,” p. 641.

⁴ Ver, con todo, *infra*, nota 12.

⁵ Así, p. ej., *Fallos*, 198: 78, *Prov. de Santiago del Estero v. Enrique N. Compagno*, 1944, cons. 5º *in fine*: “De manera que en tales supuestos ninguna persona sea objeto de sanción sin que su caso haya sido considerado por funcionarios imparciales; sin haber sido notificada de la existencia del procedimiento que se le sigue o ha seguido y sin que además se le de oportunidad de ser oída.”

⁶ Previa solicitud del interesado, dictamen legal favorable y resolución formal al efecto.

creciente facilidad y bajo costo de los sistemas de fotocopiado, que permiten una solución informal pero plenamente jurídica: Dado que el acceso a las actuaciones existe de pleno derecho, sin necesidad de acto alguno que lo otorgue, en cualquier oficina que el expediente se encuentre y sin necesidad de dejar constancia del acceso a las actuaciones, la práctica actual es simplemente otorgar fotocopias del expediente a cualquier interesado que lo solicite, de la manera informal referida. A nadie se le ha ocurrido jamás, en los últimos tiempos, preguntar siquiera cómo o por qué alguien tiene fotocopias del expediente. Eso lleva a las partes a la precaución de tener siempre copias completas del expediente, por la siempre latente posibilidad de que el exceso de documentación pueda provocar su extravío.

Podemos entonces advertir que en la actualidad nos encontramos, cohn empleo de diferente metodología y terminología, al mismo nivel del derecho procesal. Se ha pasado desde la velada restricción de antaño, sin razonable sustento conceptual,⁷ hacia la apertura contemporánea,⁸ con categórica fundamentación no ya sólo constitucional y conceptual sino también legal y reglamentaria.⁹ En algunas normas y ordenamientos subsisten a veces resabios del pasado, pero todo indica que tienden a desaparecer en este punto en especial, aunque no en el régimen general del derecho administrativo argentino.¹⁰ Por ello es que el tema tiene aun importancia práctica y se hace todavía necesario explicar algunas ideas básicas y simples, que con el correr del tiempo pueden relegarse a las cosas superfluas, por harto conocidas y cumplidas.¹¹

⁷ En la causa *La Buenos Aires Compañía de Seguros c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A. s/ amparo*, Fallos, 311: 750, con nota de BIANCHI, ALBERTO B., "Anotaciones sobre los Conceptos de Administración Pública y Función Administrativa," *ED*, 129: 266, año 1988, la CSJN rechazó el argumento de la demandada, quien —para negar el derecho a vista en un procedimiento licitatorio— invocó el art. 59 del Código de Comercio considerando a dichas actuaciones papeles privados de comercio y por ende protegidos por la inviolabilidad prevista por el art. 18 de la Constitución nacional. El tribunal —luego de justificar la plena aplicación del decreto-ley 19.549 por integrar la demandada la administración descentralizada— sostuvo, con invocación del art. 38 del reglamento del decreto-ley, que "la negativa a otorgar vista de las actuaciones [...] constituye un acto ilegítimo, que vulnera derechos de raigambre constitucional."

⁸ Ley 25.188 de ética pública, art. 2º, inc. e); decr. 1172/03; ley 104 de la CABA. Ampliar sobre esta última en GORDILLO y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed., pp. 400-12, esp. pp. 411 y 412. Ver también CREO BAY, HORACIO D., "La vista de las actuaciones ante el Defensor del Pueblo," en *LL*, 1996-D, 75, comentario a *Edesur S.A. c/ Defensor del Pueblo de la Nación*, CNFed. CA, Sala IV (1995), en el cual se sostuvo que "son principios esenciales e insoslayables, en nuestro sistema republicano, el de la publicidad de los actos de gobierno."

⁹ Ampliar en MONTI, LAURA M., "Limitaciones a la vista de las actuaciones administrativas," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, pp. 131-45, esp. pp. 131-2.

¹⁰ Ver nuestros libros *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, reimpresión 2001; *L'amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, int. de FELICIANO BENVENUTI, Milán, Giuffrè, 1987; *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003.

¹¹ Ver LLAPUR, SAID J., *Ley de procedimientos administrativos de la Provincia de Jujuy*, Anotada y comentada, Buenos Aires, Dunken, 2005, pp. 95 y ss.

No ocurrirá lo mismo con el tema de la transparencia y la desclasificación de documentos reservados por acto expreso de autoridad competente, que siempre será un tema de actualidad.

Incluso podría afirmarse que, de tomarse al pie de la letra lo establecido en las normas vigentes, en tanto el acceso al expediente está consagrado como irrestricto salvo disposición expresa en contrario¹² (al igual que en el proceso judicial), no existe en derecho administrativo, hoy en día, una institución que pueda denominarse la “vista.”¹³ Más bien debería hablarse de los casos en que es forzoso dar traslado o notificar determinada actuación administrativa, dando por supuesto que estas especiales notificaciones en nada inciden ni varían la regla general. En este sentido, algunas legislaciones administrativas se refieren en forma indistinta a las “vistas y/o traslados,” en un sentido similar al del derecho procesal.¹⁴ En tal caso estamos considerando un plazo que se le concede a la parte para que manifieste lo que haga a su derecho dentro del lapso asignado respecto del acto procesal motivo del traslado.

En cambio, de lo que se trata en este otro tema de la “vista” administrativa es de cómo se realiza el acceso de la parte al expediente, independientemente de si tiene o no que contestar en algún plazo algo. Por cierto, cuando se otorga o dispone un traslado, éste subsume el necesario acceso de la parte al expediente. En ese caso, el traslado o vista en sentido procesal incluye también la cuestión de la vista en materia administrativa o acceso al expediente, obtención de fotocopias, etc.

Va de suyo que la administración no puede condicionar la toma de vista que realiza el particular, pretendiendo que suscriba en ese acto textos predispuestos en los que el individuo preste “conformidad” a la forma en que la vista le es otorgada o a las actuaciones. En esos casos el particular debe negarse a tomar la vista y acudir con un escribano a registrar la irregularidad. En ocasiones el solo hecho de haberse negado a someterse a la ilegalidad y haber regresado con un escribano público para dejar constancia de esa violación a su derecho de defensa, es suficiente para que el funcionario —quizás previa consulta telefónica

¹² Neuquén consagra el derecho a tomar vista en cualquier momento el estado de la tramitación, sin necesidad de una resolución expresa: arts. 108, inc. g), 141, inc. a) y 143). Ciudad de Buenos Aires, art. 58; Mendoza, arts. 144 a 146 y Misiones, arts. 78, inc. a), 80 y 81.

¹³ A menos que se la quiera acercar a la expresión del derecho procesal, en que “vistas y traslados” son casi sinónimos. En este sentido expresan SARMIENTO GARCÍA, JORGE H. y PETRA RECABARREN, GUILLERMO M., *Ley de procedimiento administrativo de Mendoza*, Mendoza, 1973, p. 196, que “el derecho a tener acceso al expediente administrativo se complementa con la vista administrativa. El primero es reglado en orden al trámite y desarrollo normal de la actividad administrativa y *nunca podrá ser negado o prohibido*; la segunda regula el procedimiento de descargo y defensa, pudiendo tener fases procesales secretas.” Según CANOSA, *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 139, “La vista significa tener acceso irrestricto al expediente administrativo, a diferencia del traslado que representa un acto de comunicación de actuaciones dentro del expediente, para que la parte dentro de un plazo manifieste lo que corresponde. La vista debe otorgarse haya o no que contestar algo en plazo alguno.”

¹⁴ Usan así la expresión Chaco, arts. 38 a 41; Mendoza, art. 146.

al departamento de asuntos legales— desista de su actitud y le permita tomar la vista como en derecho corresponde, esto es, sin condicionamiento alguno.¹⁵

2. Criterio general: el leal conocimiento de las actuaciones

De acuerdo con lo expuesto en su lugar,¹⁶ toda persona tiene derecho a defenderse con amplitud en sede administrativa¹⁷ y este derecho comprende como primer elemento insustituible su conocimiento de las actuaciones que la afectan,¹⁸ es decir, la vista de las actuaciones. Ello ha sido reconocido judicialmente¹⁹ y también por la Procuración del Tesoro de la Nación, expresando que “forma parte de la garantía constitucional de la defensa en sede administrativa, el tener acceso a las actuaciones en las cuales se ha dictado el acto que afecta los derechos del recurrente”²⁰ y que es “una obligación constitucional de la Administración el

¹⁵ Ampliar *supra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica.”

¹⁶ Ver, *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa.)”

¹⁷ Pues como dice el art. 1º inc. f), del decreto-ley 19.542/72, “Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad:

“1) De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas;

“2) De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio;

“3) Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.”

¹⁸ Como explica BREWER-CARÍAS, ALLAN R., *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, octava parte, secc. III, § 3, p. 268, es regulación constante en América Latina: Colombia, art. 29; Comunidad Andina, art. 19; Costa Rica, arts. 217, 272-274; México, arts. 33 y 34; Uruguay, arts. 12 y 79; Venezuela, art. 59. Ver JCA N°1 La Plata, *G.J.L. c. Poder Ejecutivo y otros*, 28-VI-04, con nota de ALETTI, DANIELA, “La burocracia no es defensa: de la obviedad al absurdo,” *LL*, 2004-E, 522.

¹⁹ CNFed CA, Sala III, *Flores, Héctor Nicolás c. D.G.I.*: “...el acceso a la documentación administrativa posee una directa vinculación con los principios constitucionales de publicidad de los actos de gobierno y de defensa en juicio, ya que el conocimiento tales actuaciones resulta indispensable para la tutela de los derechos del particular, sin perjuicio de las vías procesales que el propio interesado elija para encauzar sus pretensiones.” CABA, CCaYT, Sala II, *Piesco, Raúl Antonio c. GCBA*, 23-X-03: “Pretende facilitar al interesado el conocimiento de la totalidad del expediente y permitirle, consiguientemente, realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses [...]. Es decir, la ley únicamente consagra un principio: el de la transparencia plasmada en un acceso irrestricto a los expedientes administrativos,” cons. 9º. Para una noción sobre la importancia del acceso a las actuaciones en los procesos participativos ver MORTIER, NATALIA VICTORIA, “El Procedimiento de elaboración participativa de normas,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.) *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 501 y ss.

²⁰ PTN, *Dictámenes*, 101: 195; 197: 11; 198: 11. Ver la jurisprudencia citada en GORDILLO y DANIELE (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, op. cit., p. 61.

otorgar vista de las actuaciones que afectan a un administrado.”²¹ Debe darse vista de las actuaciones “a fin de que por razones elementales de justicia y consideraciones patentes de conveniencia práctica, atendibles todas ellas en la esfera administrativa no menos que en la justicia [...], pueda organizar su defensa.”²² Ello abarca al peticionante de una denuncia²³ y esto es consecuencia lógica de que este derecho le corresponde a cualquiera que sea parte en el procedimiento administrativo, sea en virtud de un derecho subjetivo, un interés legítimo, un interés simple, o un derecho de incidencia colectiva.²⁴ Es importante recordar la centenaria jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde siempre recogida por la Procuración del Tesoro de la Nación, en el sentido que “lo que la garantía constitucional tutela no es la mera formalidad de la citación,”²⁵ sino la “leal información del mismo,”²⁶ a fin de que pueda tener “una efectiva participación útil”²⁷ en el expediente.

Esta efectiva participación útil y este “leal conocimiento” pueden variar de acuerdo con las circunstancias y ello constituye una situación de hecho a apreciar en cada caso, pero algunos principios básicos pueden con todo sentarse en esta materia. El punto de partida para el problema está hoy en día resuelto de manera bastante uniforme en los ordenamientos.²⁸ Según el art. 38 del reglamento nacional: “La parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante podrán tomar vista del expediente durante todo su trámite, con excepción de aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que, a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio correspondiente, fueren declarados

²¹ PTN, *Dictámenes*, 101: 117, 119.

²² PTN, *Dictámenes*, 68: 92, 96 vta.; BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 645-7.

²³ ABERASTURY (H.) PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 82-3.

²⁴ PTN, *Dictámenes*, 120:272 y 206:328. Aquí la PTN opinó de manera contraria a nuestra postura, entendiendo procedente la denegación del otorgamiento de la vista por parte de la administración, a quien no acreditó un interés legítimo. Pero sólo falta explicar el alcance del derecho de incidencia colectiva que se invoca para que la legitimación deba ser reconocida en el plano administrativo, ya que ella existe en el ámbito judicial.

²⁵ CSJN, *Fallos*, 215: 357, *Luis César Rojo*, 1949.

²⁶ CSJN, *op. loc. cit.*

²⁷ CSJN, *op. loc. cit.* El TCE consideró que la Comisión violó el derecho de defensa de una empresa, al ocultarle documentos útiles para su defensa; tal violación era objetiva, no subjetiva y no dependía de la buena o mala fe: *Solvay v/ Comisión*, T-30/91, Rec. Jur., 1995-5/6, II-1775.

²⁸ Que han seguido bastante de cerca los arts. 254 y 255 de nuestro proyecto de 1964. Decían las normas por nosotros proyectadas: *Art. 254*: “Las partes en un procedimiento administrativo y sus representantes o letrados, tendrán derecho a conocer en cualquier momento el estado de su tramitación y a tomar vista de las actuaciones, sin necesidad de una resolución expresa al efecto.” *Art. 255*: “La vista de las actuaciones se hará en todos los casos informalmente, ante la simple solicitud verbal del interesado, en las oficinas en que se encuentre el expediente al momento de ser requerida; no corresponderá enviar las actuaciones a la Mesa de Entradas para ello. El funcionario interviniente podrá pedirle la acreditación de su identidad, cuando ésta no le constare y deberá facilitarle el expediente para su revisión.” Véase también AGÜERO, NÉLIDA RAQUEL, “La vista de las actuaciones en la ley 19.549 y el Decreto 1759/72,” *RADA*, 4: 81, Buenos Aires, 1972.

reservados o secretos mediante decisión fundada del respectivo subsecretario del ministerio o del titular del ente descentralizado de que se trate.” “El pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se concederá, sin necesidad de resolución expresa al efecto, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la mesa de entradas o receptoría.” “Si el peticionante solicitare la fijación de un plazo para tomar la vista, aquél se dispondrá por escrito rigiendo a su respecto lo establecido por el art. 1º, inciso e), apartados 4º y 5º de la ley de procedimientos administrativos.” “El día de vista se considera que abarca, sin límites, el horario de funcionamiento de la oficina en la cual se encuentra el expediente.” “A pedido del interesado y a su cargo, se facilitarán fotocopias de las piezas que solicitare.” Este último derecho ha sido por lo demás reiterado en el decr. 229/00. La misma solución han adoptado la Ciudad de Buenos Aires,²⁹ Corrientes, Mendoza, Salta. En el derecho comparado Costa Rica,³⁰ España,³¹ Uruguay.³²

Es también la solución tradicionalmente adoptada por Perú, que se mantiene en la actual ley 27.444 del año 2001.³³

3. *¿Vista formal o informal?*

3.1. *Procedimiento correcto: Vista automática*

Por de pronto, es de preguntarse de qué manera se efectuará el acceso del interesado a las actuaciones que lo afectan o pueden afectar: ¿puede solicitar el cono-

²⁹ Art. 58 del decr. 1510/97; al cual además la ley 104, art. 11, agregó un último párrafo: “El presente trámite de vista es aplicable a las partes en función procesal y no obsta al derecho a la información de toda persona, conforme lo establece la ley.”

³⁰ Art. 272.

³¹ Ver, en España, GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Civitas, 1997, comentario al art. 35 inc. a); t. II, p. 1456 y ss., comentario al art. 84; GARRIDO FALLA, FERNANDO y FERNÁNDEZ PASTRANA, JOSÉ MARÍA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1995, 2ª ed., pp. 293-5.

³² “La exhibición de los expedientes administrativos a los fines de su consulta [...] se llevará a cabo en las respectivas Oficinas de radicación de los mismos, bastando para ello la simple solicitud verbal de la parte interesada, de su apoderado constituido en forma o de su abogado patrocinante,” art. 41. Ver REAL, “Los principios del procedimiento administrativo en el Uruguay,” *Anuario de derecho administrativo*, Santiago, 1976, p. 285.

³³ Ley 27.444, art 160.1: “Los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas. Sólo se exceptúan aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que contienen información cuyo conocimiento pueda afectar su derecho a la intimidad personal o familiar y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional de acuerdo a lo establecido en el inciso 5) del art. 20º de la Constitución Política. Adicionalmente se exceptúan las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial, así como todos aquellos documentos que impliquen un pronunciamiento previo por parte de la autoridad competente;” 160.2: “El pedido de acceso podrá hacerse verbalmente y se concede de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la unidad de recepción documental.”

cimiento de las actuaciones en forma verbal y serle permitida la lectura de éstas en el mismo momento y lugar en que se encuentran, o debe solicitarlo por escrito y serle otorgado el derecho de la misma manera y tener acceso a las actuaciones en otro momento o incluso en otra oficina? ¿Debe concederse la vista informal (p. ej., verbalmente) o formalmente (por escrito presentado, proveído, tramitado, dictaminado y resuelto)? El art. 38 es categórico en excluir todo trámite formal, pues señala que “El pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se concederá, sin necesidad de resolución expresa al efecto, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la Mesa de Entradas.” La vista debe solicitarse y darse en el acto,³⁴ sin constancia escrita alguna. Cualquier empleado administrativo de la repartición debe conceder informalmente el acceso al expediente así ordenado por la disposición vigente.³⁵

La norma no da margen a la discrecionalidad del funcionario: no se trata de que éste deba resolver si concede o no vista; la disposición es categórica en que la vista “se *concederá*, sin necesidad de resolución expresa al efecto.”³⁶ La vista está otorgada de pleno derecho por la norma, es automática. Consideramos que con esto la regla ha quedado igualada, *mutatis mutandis*, al derecho procesal. Pero la cuestión en la práctica del procedimiento administrativo, lamentablemente, no funciona siempre como las normas lo indican.³⁷

Hay toda una tradición administrativa opuesta a esta sencillez del trámite, como asimismo aspectos de psicología administrativa individual e institucional que parecen impedir desproveerse de un muy importante ropaje de misterio y de velo mítico o mistificador.

También se olvida o desconoce con frecuencia que en esto juegan conceptos de racionalización y de eficiencia administrativa, además de principios de justicia y equidad. Con todo, ha de advertirse que no existe en la práctica administrativa ninguna tendencia firme en un sentido o en el otro, encontrándose con igual frecuencia una y otra actitud de parte de los funcionarios intervinientes, no obstante encontrarse la cuestión expresamente resuelta a nivel normativo, tal como ya lo hemos expuesto reiteradamente. En nuestra práctica administrativa,

³⁴ Véase CANOSA, *Los recursos administrativos*, op. cit., p. 139.

³⁵ Nuestro Proyecto de 1964, arts. 255 y 335; SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECABARREN, op. cit., pp. 197-8: el acceso al expediente puede hacerse: a) en todo momento, b) siempre informalmente, ante la simple petición verbal, cualquiera sea el empleado que lo atienda, “el que en ningún caso puede negárselo o impedirle que lo vea,” c) puede manejarlo, fotocopiarlo, etc. Bolivia, art. 18; Brasil, art. 3º inc. II) y art. 46; Costa Rica, 272; Perú, 160.2; Uruguay, arts. 41 a 43.

³⁶ En España el art. 35 dice: “Los ciudadanos [...] tienen los siguientes derechos: a) A conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copias de documentos contenidos en ellos;” GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, op. cit., t. I, p. 623 y ss.

³⁷ Lo hemos expuesto *supra*, t. 2, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica.” Ampliar en nuestro libro *La administración...*, op. cit.; en sentido similar NIETO, ALEJANDRO, *La organización del desgobierno*, Madrid, Ariel, 1984. Ver también CARULLO, ANTONIO, *La prassi amministrativa*, Padua, Cedam, 1979; BOTASSI, CARLOS, *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, p. 85.

se presentan a veces ambas experiencias en forma sucesiva. El particular o su letrado o representante se presenta a la oficina en que está el expediente y solicita verbalmente al empleado que lo atiende, que le permita ver las actuaciones. Si aquél obra en concordancia, el interesado toma conocimiento de éstas y se retira poco después, con fotocopias completas de todo el expediente: allí termina en este caso el trámite para la vista.

3.2. *Procedimientos defectuosos de vista*

Si el empleado en cambio deniega al interesado su pedido,³⁸ éste se ve obligado a retirarse a su domicilio, confeccionar un escrito solicitando vista del expediente y presentarlo luego en esa oficina o en la mesa de entradas de la repartición.³⁹ El escrito presentado es proveído en aquélla con un “Agréguese al expte. N°” y es enviado a la oficina que colabora directamente con la autoridad superior a efectos de que prepare la resolución respectiva. Allí se confecciona el proyecto de acto por el que se resuelve favorablemente el pedido, no sin antes, en algunos casos, pedir opinión al asesor letrado de la repartición para saber si puede o no otorgarse la vista solicitada, a lo que dicho asesor contestará invariablemente, luego de verificar con suma atención la legitimación del solicitante —y como no puede ser de otro modo— que puede y debe otorgarse la vista requerida. Con dicho dictamen o sin él y previa intervención eventual de algún jefe de despacho que esté participando en la tramitación, se pasa todo “a resolución de la Superioridad.” Finalmente se firmará el acto respectivo, concediendo la vista solicitada; volverá a mesa de entradas con un “Notifíquese;” se notificará por fin al interesado y éste podrá, ahora sí, consultar el expediente; pero en mesa de entradas y durante un período de, p. ej., diez días. Allí termina en este caso el trámite para la vista. Como promedio aproximado, puede afirmarse que este proceso insume cuarenta días; en los cuales *el expediente no se ha movido produciéndose una total paralización en lo que respecta a su tramitación normal*. Ello tiene evidentemente un nombre, tanto en la ciencia de la administración como en el lenguaje popular. Es necesario pues que la lectura del expediente sea autorizada informalmente, en la misma oficina en que se encuentra;⁴⁰ de otra manera se requerirán cuarenta días para hacer lo mismo que puede efectuarse en cuarenta minutos.⁴¹ Más aun,

³⁸ No obstante que éste se haya provisto del reglamento nacional y le exhiba el art. 38.

³⁹ Dice DOCOBO, JORGE JOSÉ, “Efectos de la vista sobre los términos en el procedimiento administrativo,” *JA*, 1977-II, 705, “A veces no se acepta el escrito sino por vía de la Mesa de Entradas, con olvido de la opción contenida en el art. 25 del reglamento y pasan días y a veces semanas hasta que la vista es concedida;” CREO BAY, “Rechazo de escritos en sede administrativa,” *JA*, 1977-III, 646. .

⁴⁰ Así lo establece en forma expresa Uruguay, art. 41, con igual fuente que nuestro art. 38.

⁴¹ Y no se diga que no podría otorgarse y efectuarse la vista en cualquier oficina en que el expediente se encuentre en el momento en que ella sea solicitada, por la falta de comodidad, etc., pues exactamente lo mismo ocurre en cualquier mesa de entradas, en que el interesado no tendrá otra posibilidad que la de consultar el expediente de pie... Ver también *infra*, § 8, “Términos para tomar la vista,” § 8.1, “Ausencia de términos.”

es necesario que se establezca, mediante medios informáticos, un sistema ágil de localización de los expedientes y que este sistema se encuentre a disposición de los interesados en forma inmediata. En efecto, muchas veces las dificultades aparecen al intentar saber dónde está el expediente.

4. *El traslado otorgado de oficio y la vista a pedido de parte*

4.1. *Oportunidad en que debe disponerse el traslado*

Una cuestión de cierto interés es determinar cuándo debe darse traslado del expediente al interesado, si el interesado aun no lo ha solicitado.

En realidad, parece que sólo la negligencia o ignorancia administrativa lleva a que el particular necesite solicitar expresamente y por escrito la vista de las actuaciones. Una diligente dirección del trámite administrativo debería prestar atención a los casos en que los actos a producir⁴² son susceptibles de lesionar derechos o intereses de terceros y otorgar directamente, de oficio, traslado del expediente, sin hacer necesaria la solicitud formal o informal de vista del individuo afectado. Si el interesado lo solicita, debe dársele acceso al expediente desde esa misma oportunidad procesal —e informalmente, según vimos—, al comienzo mismo de la tramitación del expediente.

Si el interesado aun no ha sido notificado de la existencia de un procedimiento que puede afectar sus derechos o intereses, *debe también notificársele y dársele traslado desde la primera etapa del procedimiento*.⁴³ Como regla general, pues, el acceso al expediente debe siempre otorgarse, sea de oficio o a petición de parte, desde el comienzo de las actuaciones, sin perjuicio del posterior acceso del interesado a éstas. Igual criterio debe adoptarse cuando existe más de un interesado en las actuaciones, trátase de cointerésados o contrainterésados.

Ya vimos⁴⁴ que para que el procedimiento sea válido debe notificárseles de la existencia del procedimiento que afecta o puede afectar sus derechos, en virtud del carácter plenamente contradictorio que en tal caso ha de asumir el procedimiento. Esta citación puede hacerla tanto la propia administración como el mismo recurrente. Va de suyo que la administración no podría decidir el recurso antes de la expiración del plazo que haya otorgado a los contrainterésados para presentar alegaciones.

4.2. *El caso de los sumarios*

Un caso parcialmente distinto es aquel en que la administración, de oficio o por denuncia, inicia actuaciones tendientes a determinar si se ha cometido o no una

⁴² Conforme el criterio temporal de dar audiencia *antes* del acto según lo exige el art. 1º, inc. f), ap. 1º del decreto-ley 19.549/72.

⁴³ Art. 1º, inc. f), ap. 1º, citado.

⁴⁴ *Supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa.)”

infracción a disposiciones administrativas que pueden dar lugar a la aplicación de sanciones a un administrado (multa, decomiso, clausura, etc.) o a un agente público regido por la ley 25.164⁴⁵ del año 1999 o a un infractor de la ley 25.156 de defensa de la competencia, etc.

Si se hace un procedimiento secreto y aplica inopinadamente la sanción, se incurre en un patente desconocimiento de los principios legales y constitucionales imperantes. Huelga en este punto mencionar los casos en los que si bien no puede hablarse de sanciones *strictu sensu*, eventualmente dictadas dentro del mismo procedimiento por el que tramitaron actuaciones de carácter reservado, puede existir, a nuestro criterio, otro tipo de posible afectación al administrado cuando se le deniegan eventuales peticiones que se encuentren en trámite por expedientes administrativos que corren paralelamente a otras piezas procesales independientes, de carácter reservado; tal el caso, por ejemplo, de los actos administrativos denegando pretensiones al administrado, en virtud del inicio de una etapa de investigación preliminar de carácter reservada por posible comisión de operaciones inusuales, efectuada en el marco de la ley de lavado de activos de origen delictivo: Ley 25.246, modificada por las leyes 26.087 y 26.119 y reglamentada por el decreto 169/01.⁴⁶

Si, a la inversa, se da al particular y supuesto infractor oportunidad de conocer el expediente cuando recién se están reuniendo las constancias de la infracción o cuando aun no han sido obtenidas, podría argumentarse que dicho supuesto infractor tendría oportunidad de destruir o alterar las pruebas existentes. En tales situaciones, la solución tradicional es que la actuación sea reservada hasta tanto se reúnan todas las constancias y pruebas que oficialmente se consideren suficientes para continuar con el sumario con el fin de dictar la sanción que fuera procedente. Pero en buenos principios es imprescindible otorgar traslado *antes* de producir la prueba de cargo,⁴⁷ pero en cualquier caso parece imposible no darle la oportunidad *después*, sin viciar con ello insanablemente el procedimiento y el acto que se dicte en su consecuencia.

El principio de que debe darse oportunidad de hacer oír sus razones y producir prueba, oír alegatos y tener dictamen jurídico *antes* de emitirse el acto lesivo, está expresa y categóricamente consagrado en el art. 1º, inc. f), ap. 1º, del decreto-ley 19.549/72, en cuanto expresa que los interesados tienen derecho a “exponer las razones de sus pretensiones y defensas *antes de la emisión de actos* que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos” y agrega que tienen también derecho a que el acto decisorio que *después* se dicte “haga expresa consideración de los principales argumentos” (ap. 3º del inc. f) expuestos por el particular anteriormente. La importancia y certeza de estos preceptos no puede ser desconocida.

⁴⁵ Reglamentada por decr. 1421/02.

⁴⁶ Ampliar en ROBLEDO, DANIEL, “La ley de lavado de dinero y la «entronización» del secreto de las actuaciones,” en RPA, 2006-2: 53-58, Buenos Aires, Rap, 2006.

⁴⁷ CSJN, Fallos, 236: 271, Frigofide.

Por cierto, para poder hacer su defensa antes del acto, es entonces indispensable que también *antes* tenga conocimiento de la cuestión que lo puede afectar y pueda así tomar “efectiva participación útil” en el procedimiento.⁴⁸

Este procedimiento es más razonable y eficiente que el de aplicar sanciones o “preparar” el sumario y *luego* abrir la controversia, pues en él se hace necesario ya ocupar a la instancia superior, mientras que en el primero es la misma autoridad a quien compete dictar el acto, la que analizará y valorará las argumentaciones y sobretodo los hechos según las pruebas preconstituídas y aportadas por el particular. En todo caso la decisión debe producirse luego de la exhaustiva producción de pruebas y alegatos del particular, preferiblemente por un órgano imparcial e independiente.⁴⁹ Estas argumentaciones deben poder hacerse *antes* que la administración dicte el acto originario o avance en un sumario “secreto.”⁵⁰ Este es, desde luego, el peor de los supuestos. Es discutido si ello debe ocurrir *después* que haya reunido las pruebas que por su parte considere suficientes para aplicar la sanción correspondiente. Si el particular, al obtener vista de aquellas pruebas, ofrece otras, ellas también deben ser producidas *antes* de adoptarse decisión alguna al respecto. Como dice LINARES,⁵¹ “Todo parece justificar que, en

⁴⁸ Conf. BONFIELD, ARTHUR EARL y ASIMOW, MICHAEL, *State and Federal Administrative Law*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1989, caps. 2 y 3, p. 106 y ss.; en el régimen estadounidense la regla es la audiencia previa. En contra, AMAN, ALFRED y MAYTON, WILLIAM T., *Administrative Law*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1993, p. 273 y ss., quienes explican las *summary actions*, en las que el Estado “actúa primero y hace las preguntas después.” Se toma en este caso por sentado que, si la administración aplicara el requisito de la audiencia previa, se operaría el gravamen que se intenta evitar. Los casos que se enuncian hacen a razones de salubridad, comercio, alimentos, insolvencia de bancos, entre otros *Northamerican Cold Storage v. Chicago*, 211 U.S. 306 (1908); *Miller v. Schoene*, 276 U.S. 272 (1911); *Driscoll v. Edison Light & Power Co.*, 307 U.S. (1939.) Algo hemos dicho al respecto en nuestro art. “Legalidad y urgencia en el derecho administrativo,” en *Después de la reforma del Estado*, 1998, 2ª ed., cap. VI. En Alemania, el artículo 29 (2) se limita la vista cuando ello interfiera con el ordenado ejercicio de las competencias; cuando el conocimiento del contenido de los documentos implique una desventaja para la Nación en pleno o para uno de sus *Länder*, o cuando deban ser mantenidos en secreto por disposición legal expresa o en virtud de su naturaleza misma, esto es, en interés legítimo de los participantes o de terceros, pero bajo 29 (1). El 29 (1) permite el acceso a las actuaciones cuando sea necesario a fin de defender un interés jurídico.

⁴⁹ Ver “Los Tribunales Administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización Administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726; nuestra nota XXII.2 “El problema no es el procedimiento sino el órgano,” en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. 2, op. cit., pp. 524-B a 524-D.

⁵⁰ Conf. LEONARDO TOIA y JOSEFINA PAZOS, “El Ente Único y los límites a su potestad sancionatoria,” www.adaciudad.org.ar.

⁵¹ LINARES, JUAN FRANCISCO, “Garantía de defensa ante órganos administrativos y la Corte Suprema,” *LL*, 87: 875; GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, 1ª ed., p. 469; *Manual de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, 1ª ed., p. 319 y ss.; 2002, 2ª ed., p. 327 y ss.; *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*, Madrid, Civitas, 1991, 4ª ed., p. 655: “la petición de que se abra el período de prueba puede deducirse por los interesados al evacuar el trámite de audiencia y vista, una vez examinado el expediente instruido, pero, en este supuesto, practicada la prueba debe darse oportunidad al interesado de deducir nuevas alegaciones, ya que el trámite de audiencia y vista ha de concederse [...] antes de la propuesta de resolución.”

el procedimiento que se tramita ante un órgano administrativo, los interesados [...] deben tener ocasión de ser oídos y de producir pruebas *antes* de que se dicte resolución. Ello aun en los casos en que, contra esa resolución, quepan recursos administrativos o recursos o acciones judiciales.” En igual sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que “una vez concluido el sumario, debió darse vista a los imputados en la forma y por el término previsto en el párrafo XIV del mismo art., la que no puede suplirse con la otorgada por esa Secretaría de Estado a fs.[...], toda vez que es posterior a la decisión, lo que implica la privación de una instancia establecida.”⁵² De vez en cuando, la administración tramita todo el sumario sin intervención del administrado y éste recién se entera de la cuestión cuando le notifican de la sanción. Pero esto debe reputarse una violación manifiesta de la garantía constitucional de la defensa, que torna insanablemente nulo el acto. Similares principios fundamentan la previa audiencia *pública*.⁵³

4.3. Los sumarios por monopolio

En el caso de los sumarios por infracción a la vieja ley de represión del monopolio, ella instituía un procedimiento administrativo previo a la denuncia o querella que se enviaría al juez competente.⁵⁴

La reglamentación de la citada ley establecía que el procedimiento administrativo en las investigaciones preliminares y sumarios por infracción a la derogada ley 12.906, se haría en forma “reservada,” sin perjuicio de que las personas investigadas podían “proponer medidas de prueba en cuanto fueren pertinentes,” las que podían ser denegadas por el órgano sumarial, sin recurso alguno.⁵⁵

La administración entendió en su momento que el trámite administrativo era una etapa previa del *secreto* del proceso judicial, al cual se le hacía entonces extensiva esa característica.⁵⁶ La solución pudo tener algún dejo de sustento, en cuanto la administración no aplicaba de cualquier manera sanción alguna en el procedimiento, sino que se limitaba a una investigación preliminar que —en definitiva— debía ser enviada a la justicia, en caso de proceder, para la iniciación formal del proceso que pudiese haber correspondido. Sin embargo ya sostuvimos —durante la vigencia de la ley 12.906— que era preferible, por razones de eficiencia administrativa y debido proceso legal, la solución opuesta: Permitir la defensa del interesado bajo control de la administración, ya que el mayor aporte de datos y elementos de juicio siempre contribuiría a una mejor y más completa decisión sobre la cuestión debatida, cualquiera que esa determinación hubiere de ser.

⁵² PTN, *Dictámenes*, 97: 308 vta.

⁵³ *Supra*, t. 2, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

⁵⁴ Ley 12.906, arts. 9, 10, 11 y 14; derogada por el decreto-ley 22.262/80.

⁵⁵ Decreto 5428/49, arts. 20 y 25.

⁵⁶ PTN, *Dictámenes*, 87: 39 y 40. Se trataría entonces de una suerte de antesala de la *instrucción*, del proceso criminal, por el posible *delito* de referencia.

Tal régimen fue derogado por el decreto-ley 22.262/80, a su vez sustituido por la ley 25.156 de defensa de la competencia; ésta tiene diversos supuestos sumariales, todos los cuales contemplan correctamente asegurar el derecho de defensa: Art. 20, remoción de los miembros del Tribunal de la Competencia; art. 29, denuncias y sumarios de oficio a posibles infractores a la ley; art. 50, sumarios a quienes obstaculicen la investigación. Salvo que la reglamentación dispusiera lo contrario en violación a la letra y el espíritu de estas normas, el sumario no debería ser secreto en etapa alguna. Aquí como en tantos otros puntos de nuestro derecho público, resta ver como será la experiencia.

4.4. *Los sumarios en la función pública*

Otro caso es aquel en que la administración inicia de oficio actuaciones tendientes a determinar si *un funcionario o empleado*⁵⁷ ha cometido o no un irregular cumplimiento de la función o una violación a las normas legales de ética pública, que pueda dar lugar a la aplicación de sanciones administrativas. El art. 37 *in fine* del “régimen jurídico básico de la función pública” (decreto-ley 22.140/80) disponía, al igual que el art. 41 del decreto-ley 6666/57, que: “El sumario será secreto hasta que el sumariante dé por terminada la prueba de cargo.” La ley 25.164 de empleo público remite en su art. 29 al cumplimiento *previo* del debido proceso adjetivo conforme al decreto ley 19.549/72.⁵⁸ Lo propio hace la ley 25.188 de ética pública en su art. 20, segunda parte. Ello implica la derogación de la norma antes referida, a su vez repetida en el art. 46 del dec. 467/99, anterior reglamento de investigaciones administrativas. El secreto del sumario es incompatible con el derecho de defensa. La mayor parte de las pruebas sobre la base de las cuales se hacen los sumarios son declaraciones testimoniales. Si el inculcado no puede estar presente cuando se toman estas declaraciones, no puede tampoco evitar que se hagan preguntas tendenciosas (*leading questions*), ni controlar que se registren fiel e íntegramente las respuestas, ni hacer repreguntas *en el mismo acto*, no puede afirmarse que se ha respetado su garantía constitucional de defensa. Aunque luego la administración admita que se llame nuevamente a los testigos a declarar —cosa ésta ya algo difícil— es improbable que se desdigan de lo que hayan declarado antes, sin control alguno de la parte interesada.⁵⁹

⁵⁷ Términos indistintos en la ley de empleo público nacional 25.164, como en las demás normas legales y constitucionales, según explicamos en el t. 1, cap. XIII, § 1, “La distinción doctrinaria entre funcionario y empleado público” a 3, “Continuación. Crítica legal.” Lo mismo ocurre en la ley de ética pública 25.188.

⁵⁸ Ver GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, “Derecho sancionador y régimen disciplinario del empleo público,” AA.VV., “*Las bases constitucionales del derecho administrativo en honor a Juan Bautista Alberdi*, RAP, 309: 353-71, Buenos Aires, 2004; IVANEGA, MIRIAM M., “El derecho de defensa en el procedimiento disciplinario,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, pp. 929-53, esp. p. 930.

⁵⁹ Conf. LEONARDO TOIA y JOSEFINA PAZOS, “El Ente Único y los límites a su potestad sancionatoria,” www.adaciudad.org.ar.

Las declaraciones prestadas ante la administración no revisten el carácter de testimonios, pues ello sólo ocurre cuando son dadas ante autoridad judicial *stricto sensu*. La imposibilidad de hacer condenar por falso testimonio a una persona que declara falsamente en un sumario administrativo, entonces, deja inerme a la persona afectada por esas declaraciones, si no ha podido estar presente para controlarlas cuando ellas se hicieron y si no puede luego efectivamente repreguntarlas, hacerlas incurrir en contradicción, o demostrar de otro modo la falsedad de sus dichos. La única solución real para este problema es la participación del sumariado, sus representantes o letrados, durante las declaraciones, a fin de controlar adecuadamente su producción y registro. Resulta aplicable la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en otro tipo de sumarios, los derivados de infracciones a la ley de vinos 12.372. Allí se consideró que había agravio a la garantía constitucional de la defensa si “cuando se le confirió vista, la prueba ya estaba producida,”⁶⁰ pues el procedimiento probatorio no podía ser reiterado. Lo mismo ocurre aquí. El procedimiento probatorio en lo que se refiere a declaraciones testimoniales, no puede ser reiterado eficazmente para la defensa del interesado. Ello es así, a) por la situación del declarante —generalmente funcionario público, sometido entonces a las presiones o insinuaciones que pueda hacer la administración—; b) por la circunstancia de no incurrir en falso testimonio a pesar de declarar falsamente —lo que le otorga impunidad en su declaración, más aun si ella no es controlada por el interesado—; c) por la misma dificultad en hacerlo concurrir a prestar declaración, lo que si bien constituye una obligación del cargo cuando lo llama la propia administración, puede no serle exigido con igual celo cuando sea necesario que concurra nuevamente, esta vez a pedido del sumariado; d) por lo demás, las personas ajenas a la administración, citadas como testigos, no están obligadas a comparecer ni pueden ser obligadas compulsivamente;⁶¹ e) Finalmente cabe recordar, en relación a lo ilusorio y vano de ofrecer como paliativo probatorio la reiteración del procedimiento, una vez levantado el secreto del sumario, que ha quedado claro en la jurisprudencia estadounidense sobre la producción de pruebas testimoniales, que el daño de una pregunta tendenciosa reside en el mero hecho de hacerla, implantando así sugerencias en las respuestas del testigo. Si éste no puede ser controlado y corregido inicialmente, de nada vale llamarlo luego nuevamente a prestar declaración. Si a esto se agrega que si el testigo no concurre nuevamente al ser citado por el sumariado, el daño probatorio es absoluto y la indefensión también.

En consecuencia, corresponde que el interesado plantee en los casos ocurrientes, ante la administración primero y la justicia después, el desconocimiento de

⁶⁰ CSJN, *Fallos*, 247: 724, *Dubois*, 1960.

⁶¹ PTN, *Dictámenes*, 84: 141. Por otra parte, resulta obvio que si ellas concurrieron por su voluntad la primera vez que las llamó la administración durante el secreto del sumario, se mostrarán seguramente renuentes a concurrir nuevamente, cuando se las cite por segunda vez a instancias del sumariado.

su garantía constitucional. La cuestión constitucional debe ser introducida en el recurso previsto en el art. 39, presentado en la administración por ante la Cámara Federal de Apelaciones.⁶² Conviene, para evitar todo posible tecnicismo procesalista, plantearla ya en la primera oportunidad administrativa,⁶³ al recibir la vista de la prueba de cargo o al ser llamado a declarar. Sería educativo que el Tribunal anulara todo lo actuado y ordenara a la administración *hacer una nueva producción de la prueba respetando la garantía constitucional del debido proceso y el derecho de defensa de los habitantes*. Los antecedentes judiciales no son sin embargo alentadores. Es claro que el antiguo carácter “secreto” del sumario desaparece en el momento en que el imputado toma vista de las actuaciones respectivas.⁶⁴ Por ello, a partir de ese momento será ya indubitadamente ilegítima toda restricción que pretenda hacerse a la intervención del sumariado, sus representantes o letrados. De todos modos, la jurisprudencia que reconoce efecto saneador de la indefensión administrativa a la ulterior revisión judicial, ha comenzado, en buena hora, a resquebrajarse. Así, p. ej., no se hace extensivo ese pernicioso privilegio de la administración a sus licenciarios o concesionarios.⁶⁵

5. La notificación de un acto implica la vista de las actuaciones

Hasta ahora se han considerado los distintos casos en que la administración debe dar traslado y vista de las actuaciones *antes* de dictar un acto que afecte los derechos de una persona. En los casos reseñados, el sumario tiende a la averiguación de ciertos hechos y a la participación del interesado en su discusión y apreciación para que la administración pública pueda luego decidir si corresponde o no aplicar alguna sanción. Esta última, en el caso de los sumarios a particulares, será el

⁶² Ahora el art. 39 de la ley 25.164 ofrece siempre el recurso directo, con o sin agotamiento de la vía administrativa. No es de aplicación la distinción que confería el recurso sólo contra los actos expulsivos. En los demás, si no era de aplicación la apelación directa no quedaba excluida la vía judicial; era “susceptible de revisión judicial por las vías de la acción.” PTN, *Dictámenes*, 96: 235. Conf. sentido CNFed. CA, *DJ*, 1965: 1667. Ver los demás fallos y antecedentes que citamos en el t. 1, cap. IX, § 13, “«Recurso» o «acción» judicial y facultades jurisdiccionales de la administración” y 14, “Alcance jurídico-político,” texto y notas 61 a 67.

⁶³ Así lo indicaron criticables precedentes: CSJN, *Fallos*, 269: 384, *García de Gómez*, 1967; 268: 415; 262: 391; 255: 216. Ver REVIDATTI, GUSTAVO ADOLFO, “La revisión mediante apelación ante órgano judicial, de sanciones disciplinarias administrativas,” en *Revista de la Facultad de Derecho* (Corrientes, UNN) 1964/5, 6-7: 129; PEARSON, MARCELO MARIO, “Impugnación judicial de la cesantía o exoneración del agente de la Administración Pública,” *LL*, 1977-B, 96; GROISMAN, ENRIQUE, “Cesantía y exoneración ilegítimas en la relación de empleo público y derecho a las remuneraciones vencidas,” *Derecho laboral*, año XX, 5-6: 129, año 1978. Ampliar en t. 1, cap. IX, “Las funciones del poder,” § 13, “«Recurso» o «acción» judicial y facultades jurisdiccionales de la administración,” acerca de la naturaleza de estos recursos. La Sala V de la CNFed. CA admite la apertura a prueba normal de estos recursos, *Banco Regional del Norte Argentino c. Banco Central de la República Argentina*, *LL*, 1997-D, 667, con nota de CASSAGNE, JUAN CARLOS, “La apertura a prueba en los llamados recursos judiciales directos.”

⁶⁴ Ver los considerandos del decreto 9527/67, *B. O.*, 8-XI-67; PTN, *Dictámenes*, 96: 235.

⁶⁵ *Frade c. Metrogas*, CNFed CA, Sala III, *LL*, 1998-F, 337, con nota “La falta de audiencia por el concesionario o licenciario,” reproducido en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 98, p. 200.

acto lesivo al particular que abrirá las vías de recurso, en las cuales continúa el derecho que le asiste de conocer y seguir conociendo integralmente y en todo momento de las actuaciones que le afectan, con fotocopia a su cargo de todos los actuados. En el caso de un sumario administrativo a un agente público, las vías recursivas se abren igualmente contra la aplicación de alguna sanción: a) apercibimiento; b) suspensión de hasta treinta días en un año, contados a partir de la primera suspensión; c) cesantía; d) exoneración.⁶⁶

Dicho de otra manera, a partir del momento en que la administración se apresta a dictar un acto administrativo sobre el fondo de la cuestión, que lesiona o puede lesionar los derechos subjetivos o de incidencia colectiva, o los intereses legítimos de un tercero, resulta indispensable que el interesado tenga renovado acceso a las actuaciones. No puede hoy en día discutirse el grado de intervención y de vista que le corresponde a una persona *antes* que se produzca la prueba de cargo, cuando el art. 1° del decreto-ley 19.549/72 es categórico en el empleo de la palabra “antes.” En el pasado la jurisprudencia había cumplido un rol coonestador de la ilegalidad administrativa, salvando los vicios insanables del acto o del comportamiento administrativo. Ya no es tan frecuente.

No cabe discutir acerca de la procedencia amplia de esa intervención y vista *después* del dictado de tal acto, pero la administración excepcionalmente no permite al interesado que acude a notificarse de un acto, el conocer y obener fotocopia de las actuaciones que lo preceden. Es una práctica que va desapareciendo, por el progresivo conocimiento de los principios y normas del procedimiento administrativo, entre ellos y fundamentalmente el art. 38 de la reglamentación. El administrado, por su parte —no siempre consciente de su derecho a conocer automáticamente las actuaciones— no insiste a veces lo suficiente en la defensa de su derecho con los medios lícitos que la experiencia proporciona⁶⁷ y asiente al trámite que le es sugerido, o sea, presentar una nota solicitando vista y esperar su resolución en sentido favorable; o a veces, lo que es también posible, desfavorable. Reiteramos que esto es una grave irregularidad del procedimiento contra la que debe lucharse permanentemente.⁶⁸

⁶⁶ Ley 25.164, art. 30.

⁶⁷ Ver *supra*, t. 2, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica.” Ver también RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “El procedimiento administrativo en la práctica. Principales cuestiones que se plantean,” en TAWIL, *op. cit.*, cap. XXVIII, pp. 333-327.

⁶⁸ Cuando escribimos por primera vez estas líneas, en 1964, habían existido casos desopilantes en que un empleado pretendía que el particular se notificara firmando al pie de una resolución *que no le permitía ver*, tapándosela al efecto con un papel; casos en que los jefes de despacho preparaban la fórmula con la que a su juicio el particular *debía notificarse*, la que entonces rezaba que el individuo se notificaba “en un todo de conformidad y sin tener que manifestar observación alguna...”; en que se pretendía hacer firmar la notificación y vista del expediente, *antes* de permitirle su conocimiento. Es mucho lo que se ha progresado desde entonces, pues hoy en día cualquier funcionario o empleado administrativo normalmente no vacila en otorgar fotocopias del expediente, sobre todo teniendo en cuenta que no queda registro alguno de ello en el expediente, lo cual tiene la doble ventaja de ser absolutamente legal, y también no ocasionar problemas a nadie. Pero quedan otros problemas pendientes, como explica RODRÍGUEZ PRADO, *op. loc. cit.*

6. Acceso subsiguiente

Además, debe tenerse presente que cuando en el expediente se ha resuelto una vez, expresa o tácitamente, otorgar vista de las actuaciones, ello debe considerarse como resolución definitiva en el sentido de que el procedimiento no es secreto o reservado.⁶⁹ Queda por lo tanto abierta al particular o interesado la posibilidad de consultar el expediente en el futuro, tantas veces como le sea conveniente u oportuno, sin necesidad de resoluciones que le otorguen la vista, ni de nuevas solicitudes por escrito. De otro modo y ante la necesidad de que participe en las distintas etapas posteriores: recurso, apertura a prueba, discusión, ofrecimiento y denegación de pruebas, alegatos,⁷⁰ dictámenes, etc..., se haría necesario multiplicar al infinito los trámites de vista, con lo cual todo expediente llevaría más de la mitad dedicado a estos menesteres burocráticos. Con todo, es obvio que una vez producida la prueba y antes de adoptarse una decisión sobre su base, la administración debe siempre, de oficio, dar un nuevo traslado al particular para que alegue sobre la prueba.⁷¹ Así lo dispone el art. 60 del reglamento, aunque no siempre se cumple.⁷² Como dice ESCOLA,⁷³ siguiendo nuestros primigenios libros, “No basta una simple vista concedida en cualquier momento del procedimiento de control y ello se explica porque si el interesado debe tener un total conocimiento de lo actuado, no se puede admitir que, con posterioridad a la vista, se cumplan otras actuaciones o se agreguen nuevas pruebas, pues en tal caso las alegaciones del recurrente no estarían fundadas en el completo conocimiento de los antecedentes y constancias acumuladas en la tramitación del recurso.” Se trata, pues, de una participación constante del interesado y de un acceso permanente e informal, sin trámite alguno, a las actuaciones: desde el primer momento hasta la realización de la última diligencia probatoria o de cualquier otro tipo; no de otro modo podrá efectivamente defenderse con el alcance que DYROFF diera acertadamente al principio: “el derecho de ser oído con ataque y defensa y de oír lo que alegan los adversarios.”⁷⁴

⁶⁹ Conf. ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 86, nota 22.

⁷⁰ Que, dicho sea de paso, es una de las actividades profesionales que más cuesta aprehender a los cursantes, incluso en post-grado. Se trata de una más de las actividades profesionales que no siempre se enseñan en los cursos de grado y post-grado de las universidades. Al estudiante le causa mucha dificultad tener que realizar escritos administrativos relativos al curso, alegar sobre el mérito de la prueba producida, etc., pero si no lo aprende en esa oportunidad, tendrá que aprenderlo, más duramente, en la vida; a costa de su prestigio y sus clientes. Hay un *deber* de aprender todo esto antes de egresar, para que el ejercicio de la profesión quede dignamente habilitado por la Universidad.

⁷¹ Ver la nota precedente.

⁷² Art. 60: “Sustanciadas las actuaciones, se dará vista de oficio y por 10 días a la parte interesada para que, si lo creyere conveniente, presente un escrito acerca de lo actuado y en su caso, para que alegue también sobre la prueba que se hubiera producido.” GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, *op. cit.*, p. 469; *Manual...*, *op. cit.*; *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 700.

⁷³ *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 309.

⁷⁴ Citado por FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 326.

Ha dicho así el Superior Tribunal español, “No basta para considerar cumplido el trámite de dar audiencia a los interesados el realizarlo en cualquier momento de la tramitación,”⁷⁵ ya que lo importante es conocer las actuaciones no sólo desde su comienzo, sino también al estar listas para la decisión, cuando se han reunido los elementos que se tendrá en cuenta para adoptar su resolución.⁷⁶ Por ello, ese trámite final de audiencia “no puede ser sustituido por el escrito que [...] presente sin conocimiento de las actuaciones administrativas.”⁷⁷

7. Formas de tomar vista

Tomar “vista” es la leal, completa, fidedigna información del interesado de las actuaciones que lo afectan. No ha de interpretarse que el tomar “vista” de las actuaciones significa que sólo se puede *leer* el expediente, pero no revisarlo, manejarlo, copiarlo, fotocopiarlo, fotografiarlo, etc. El derecho a tomar vista de las actuaciones comprende consultar directa y personalmente el expediente y obtener copias de todas sus partes, sea por medios manuales o mecánicos: fotocopias de cualquier tipo, fotografía, microfilmación, grabación en cinta magnetofónica, videofilmación, escaneado, etc.⁷⁸

Si en el expediente hay agregados objetos determinados como prueba, podrá también obtenerse facsímiles o copias de ellos, siempre que no altere su estado. P. ej., se pueden sacar copias en cera yeso, arcilla, calcos, *frottage*, etc., según de qué elementos se trate. En el caso del letrado patrocinante, es suficiente con que conste su firma en algún escrito para que esto lo habilite en tal calidad para acceder a las actuaciones, sin que quepa exigir otra autorización expresa de la parte y menos aun la presencia física de ésta.⁷⁹

En rigor, el verdadero principio procesal debería ser permitir el acceso de todo letrado a cualquier actuación, dejando constancia de su toma de razón en caso de no ser apoderado o patrocinante de la parte, para deslindar eventuales responsabilidades en que pueda incurrir. Cuando el abogado es patrocinante o apoderado del recurrente no hace falta constancia alguna de haber tomado vista, al igual que cuando comparece el propio interesado.

⁷⁵ Superior Tribunal español, 25-VI-48; GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, op. cit., p. 482; *Comentarios...*, op. cit., p. 712.

⁷⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, op. cit., p. 482; *Manual...*, op. cit.; *Comentarios...*, op. cit., p. 712 y jurisprudencia española; Corte Suprema de EE. UU.: GELLHORN, *Federal Administrative Proceedings*, Baltimore, 1950, p. 85. GELLHORN, ERNEST; ROBINSON, GLEN y BRUFF, HAROLD, *The Administrative Process*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1993, 4ª ed., p. 667.

⁷⁷ ST español: GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, op. cit., p. 482; *Comentarios...*, op. cit., p. 713.

⁷⁸ Art. 42 de Uruguay: “El derecho acordado a los interesados o sus patrocinantes, comprende no sólo la facultad de revisar y leer las actuaciones, sino también la de copiar o reproducir por cualquier medio, todo o parte de ellas.” CANOSA, op. cit., p. 140: “La vista no solo implica leer el expediente sino también copiarlo, grabarlo o fotocopiarlo. Esto último fue recogido por la reforma del decr. 1883/91, al determinarse que a pedido del interesado se facilitarán, a su costa, fotocopias de las piezas que individualice (art. 38, RPA).”

⁷⁹ Uruguay, art. 61, aclara que este acceso puede hacerse “sin su presencia.” (De la parte.)

7.1. *El derecho a obtener copias y el retiro del expediente en préstamo*

El procedimiento administrativo nacional no está tan adelantado como el judicial, en cuanto a las comodidades materiales de las que —en algunas jurisdicciones— se dispone para consulta y manejo del expediente. En particular, en la administración nacional los letrados no pueden llevarse bajo su responsabilidad los expedientes, como es de práctica en el proceso judicial. Pero esto se morigera en gran medida con la facilidad actual de obtener fotocopias completas del expediente, a veces sin cargo y otras con cargo al interesado. En tal sentido, es también práctica aceptada, cuando existe alguna razón para no proveer directamente las fotocopias, la alternativa de poder retirar el expediente de la dependencia acompañado por un agente o funcionario de la repartición pública en cuestión, con la finalidad de obtener copias. De esta manera, no creemos que exista así dificultad para la defensa, en este aspecto.

En los regímenes provinciales alguna vez imperaron normas prohibitivas.⁸⁰ Pero debe señalarse una tendencia creciente en el sentido opuesto; así en Entre Ríos⁸¹ y Santa Fe,⁸² se faculta ya desde hace tiempo a los interesados a retirar los expedientes cuando se trata de traslados. Esta solución se fue incorporando progresivamente en muchas de las legislaciones provinciales más modernas y sensatas: Corrientes,⁸³ Salta,⁸⁴ Mendoza,⁸⁵ Chaco,⁸⁶ La Rioja.⁸⁷ Lo mismo ocurre en otros países, p. ej. en la República Oriental del Uruguay.⁸⁸

⁸⁰ Ese era el caso de Misiones: art. 42, *ADLA*, XXI-B, 1855. La regulación de procedimiento administrativo n° 2970 de dicha provincia (*ADLA*, LVII-A, 1243) suprimió tales restricciones, permitiendo al interesado la obtención de fotocopias del expediente art. 72. Ello torna innecesario, aunque no improcedente, el préstamo.

⁸¹ En Entre Ríos tanto las vistas como los traslados se otorgan con entrega del expediente. Dice así el art. 29 de la ley 7060: “Las partes interesadas podrán solicitar y retirar bajo su responsabilidad, los expedientes en que intervengan, dentro de los términos de las vistas o traslados que se les corran, otorgando recibo con constancia del número de fojas y demás detalles que puedan exigirse. Los plazos o términos podrán ser ampliados por la autoridad proveyente, a pedido de parte, cuando así lo estime de equidad o conveniencia para la mejor resolución del asunto.”

⁸² En Santa Fe el art. 33 del decreto 10.204/58 establece que “Los traslados se correrán con entrega de las actuaciones a la parte interesada, bajo recibo, por el término que se fije y deberán correrse, indefectiblemente, si así se solicitare, en todos los recursos a fin de expresar agravios y a solicitud de parte cuando el Jefe de la Repartición lo estime procedente.” En otros aspectos la reglamentación es restrictiva, como explican FERULLO, GUSTAVO CÉSAR y GRAU, CÉSAR ANTONIO, *Procedimiento y recursos administrativos en la Provincia de Santa Fe*, Rosario, Fas, 1997, pp. 86-90.

⁸³ Corrientes, arts. 271 y 98 inc. d).

⁸⁴ Salta, art. 137.

⁸⁵ Mendoza, art. 141; SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECABARREN, *op. cit.*, p. 198.

⁸⁶ Chaco, art. 32.

⁸⁷ La Rioja, decreto-ley 4044/81, art. 137.

⁸⁸ Art. 45: “También podrá el interesado retirar el expediente de la oficina para su estudio [...] bajo la responsabilidad del abogado patrocinante.” El mismo art. legisla sobre las modalidades y excepciones de este principio, en forma similar al derecho procesal. Señala MARTINS, DANIEL HUGO, “La regulación jurídica del trámite administrativo,” en el libro *Procedimiento administrativo*, de PRAT, MARTINS, BRITO, FRUGONE SCHIAVONE, CAJARVILLE PELUFFO, Montevideo, Acali, 1977, p. 72, que esta norma es una conquista tanto para los administrados como para la profesión de abogado.

En todo caso, es obvio que el conocimiento cierto y efectivo de las actuaciones se materializa recién con la obtención de *copias* del expediente,⁸⁹ sea mediante su retiro en préstamo o no. La lectura de pie de un expediente administrativo, grabando, tomando notas, fotografiando, o llevando una fotocopidora portátil o un escanner portátil a la repartición, es demasiado primitiva: En los dos últimos casos, no por el medio empleado, sino por la actitud que supone de parte de la administración.

Existiendo ya en todas partes múltiples fotocopadoras de fácil y económico acceso, si la administración no entrega en préstamo el expediente debe al menos proveer copias. Es en verdad abusivo pretender que el particular deba copiar a mano o a máquina, o incluso grabar, fotografiar, etc., aquello de lo que tiene derecho a tomar conocimiento o noticia adecuada. Ese conocimiento sólo es cabal cuando el individuo puede estudiar con detenimiento la reproducción visual *exacta* y no meramente aproximada, de aquello de lo cual ha tomado vista y puede hacerlo, él y su letrado, en la comodidad de su respectivo estudio o domicilio. La tendencia dominante de la legislación moderna es admitir el retiro en préstamo del expediente y durante mucho tiempo fue la Nación la que se encontraba relativamente más atrasada en el tema. La consulta, copia, etc. se efectuaba en condiciones a menudo materialmente inadecuadas, casi primitivas, obligando a llevar fotógrafo, *scanner* portátil, hasta fotocopidora portable. Era ridículo. Felizmente, mediante el decreto 1883/91 se vino a sustituir el texto del art. 38 del reglamento nacional, que actualmente permite a los interesados obtener fotocopias de las piezas que solicita, las que estarán a su cargo.⁹⁰ Igual solución encontramos en el derecho comparado,⁹¹ por ej. el derecho venezolano “el derecho a obtener copia de las actuaciones,”⁹² como parte esencial del derecho de defensa.⁹³

⁸⁹ Es la solución que propiciamos desde 1964 en nuestro Proyecto de código administrativo, art. 256: “El derecho a tomar vista de las actuaciones comprende no sólo la facultad de revisarlas y leerlas por sí, sino y también la de copiar cualquier parte de ellas,” *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 205 y ss. Conf.: Ciudad de Buenos Aires, art. 58; La Rioja, art. 140; Misiones, art. 81; Neuquén, art. 144; Río Negro, art. 60 y Salta, art. 140.

⁹⁰ Algunas reparticiones ya facilitaban este trámite entregando fotocopias gratuitas, o proveyendo una ordenanza para que con la custodia material del expediente acompañase al interesado a una casa comercial de fotocopias a fin de reproducirlo. En otras, inclusive, se había llegado al sistema de proveer fotocopias con cargo, lo que en su momento consideramos lo más sencillo y justo y que en definitiva fue lo plasmado normativamente.

⁹¹ España, art. 35 inc. a); Bolivia, art. 16 incs. d) y j); Brasil, art. 3º inc. II) y art. 46; Costa Rica, art. 272 *supra*, cap. II, § 16, “Facilitar la defensa del interesado;” Perú, art. 160.

⁹² Ver BREWER-CARIAS, ALLAN RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, *La actividad administrativa*, Vol. 1, *Reglamento, procedimiento y actos administrativos*, Caracas, 1976, pp. 158-9, sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, 18-2-70; “La carga de la prueba en el derecho administrativo,” *Rev. Arg. de Der. Adm.*, 11: 15, 23, nota 25, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976.

⁹³ En el fallo mencionado en la nota precedente que “el derecho de petición sería letra muerta, no obstante el rango constitucional que tiene la norma que lo consagra en nuestra legislación, si los órganos o agentes de la administración pública pudieran negarse a ordenar la expedición de copias certificadas,” BREWER CARIAS, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, t. III, vol. 1, p. 159.

8. *Términos para tomar la vista*

8.1. *Ausencia de términos*

En primer lugar, hemos señalado que es absurdo desde el punto de vista de la eficiencia administrativa paralizar todo el expediente a fin de realizar un simple trámite de vista y que el interesado debe obtener acceso informal a las actuaciones en todo momento y en cualquier oficina en que se encuentren.⁹⁴ Ya referimos que la incomodidad que ello puede causar al administrado no será mayor que la que le ocasionará hacerlo “formalmente” en la mesa de entradas de la repartición.⁹⁵ También comentamos que sería absurdo pensar que algún funcionario tendrá en sus manos un solo expediente para estudiar y decidir, de manera tal que si se lo piden para revisarlo y efectuar la vista durante un lapso de media hora, deba dicho funcionario verse forzado a cruzarse de brazos durante ese tiempo, por falta de otro expediente de qué ocuparse... Es visible lo errado que sería dar vista al interesado por un procedimiento ritualista y formal como el que más, en total contradicción con el principio del informalismo del procedimiento. No tiene sentido, entonces, otorgar “términos” para la vista y paralizar durante ese tiempo el trámite, sino que debe darse vista sin término y sin suspender el trámite de las actuaciones, en el mejor interés de la administración y del administrado.

8.2. *Suspensión de los términos*

Lo dicho anteriormente tiene particular aplicación en aquellos casos en que el procedimiento ha sido siempre público, con normal acceso de las partes al expediente. Sin embargo, el art. 76 del reglamento⁹⁶ contempla una hipótesis que supone, no muy erradamente, que el particular pueda en verdad haber estado ajeno al trámite de las actuaciones que lo afectan o pueden afectar. Esa disposición establece que cuando el particular presenta un escrito pidiendo vista, esta “mera presentación” suspende de pleno derecho el curso de los plazos que estuvieren corriendo, incluidos los plazos para recurrir. Esta suspensión tiene

⁹⁴ Ver CNFed CA, Sala III, *Flores, op. cit.*, “...en el supuesto en que las actuaciones se hallen en otra dependencia de la administración o hayan sido remitidas a una dependencia judicial debe darse curso a la solicitud del actor e informar sobre su ubicación y estado, debiendo, en su caso, arbitrarse los medios necesarios para que el actor pueda tomar la vista correspondiente.”

⁹⁵ En la que también deberá consultarlo de pie, pero esta vez con la incomodidad adicional de hacerlo entre innumerables personas que concurren a realizar sus respectivos trámites, haciendo colas, etc. Todo esto es, desde luego, responsabilidad del poder político, que jamás tiene interés alguno en aumentar de manera suficiente y adecuada el número de tribunales judiciales en materia de derecho administrativo, a fin de evitar la superabundancia de causas que terminan paralizando al tribunal.

⁹⁶ Art. 76: “Si a los efectos de articular un recurso administrativo la parte interesada necesitare tomar vista de las actuaciones, quedará suspendido el plazo para recurrir durante el tiempo que se le conceda al efecto, en base a lo dispuesto por el art. 1º, inc. e), apartados 4º y 5º, de la ley. La mera presentación de un pedido de vista, suspende el curso de los plazos, sin perjuicio de la suspensión que cause el otorgamiento de la vista. En igual forma a lo estipulado en el párrafo anterior se suspenderán los plazos previstos en el art. 25 de la ley de procedimientos administrativos.”

efecto desde el mismo día en que el particular solicita la vista,⁹⁷ de pleno derecho; se aplica también al plazo para iniciar la acción judicial.⁹⁸ A su vez, cuando el otorgamiento de la vista es a los efectos de articular un recurso administrativo y él ha sido solicitado expresamente por el interesado, corresponde que sea dado por un período determinado durante el cual el plazo para recurrir quedará también suspendido.⁹⁹ Esta norma contempla dos suspensiones: Una, la que se produce por el solo hecho de pedir la vista y otra, que corre por todo el tiempo que se ha concedido la vista. Uno y otro efecto suspensivo corren yuxtapuestos, o sea que la suspensión opera ininterrumpidamente desde que se la pide hasta que expira el término otorgado para tomar la vista a los efectos de interponer el recurso. Por aplicación del principio del art. 1º, inc. e), ap. 9º, que los términos se “reinician” al cesar la suspensión con motivo de la caducidad de las actuaciones,¹⁰⁰ consideramos que el término para recurrir no continúa corriendo contando el tiempo ya transcurrido antes del pedido de vista, sino que empieza a correr de nuevo, íntegramente, a partir del momento en que concluye el término concedido para la vista conforme a estas disposiciones. Si bien distamos de sugerir esta conducta a los administrados que se encuentran a tiempo de computar el plazo de la manera más desfavorable, quienes harán bien en evitar estas disquisiciones e interponer el recurso en el modo más estricto de computar los plazos, lo cierto es que en buenos principios lo expuesto respecto a la remisión es la forma

⁹⁷ DOCOBO, *Comentarios...*, op. cit., p. 705: “no desde que se concede o se toma efectivamente.” Más aun, el efecto suspensivo igual opera aunque la administración resuelva denegar la vista: ABERASTURY (H.) y CILURZO, op. cit., p. 87. Inclusive el plazo se mantiene suspendido si la administración omite proveer el pedido de vista. Así lo declarado la Sala I, CApel. CAyT de la Ciudad, *Cavemar*, 30-VI-04, frente a la excepción de inadmisibilidad de la instancia planteada por la Ciudad.

⁹⁸ ABERASTURY (H.) y CILURZO, op. cit., p. 88. Esta potencialidad suspensiva, que también tiene el recurso administrativo procedente interpuesto en término demuestra que el plazo para acudir a la justicia no es de caducidad, pues esta no puede interrumpirse. Conf. CONIL PAZ, ALBERTO AUGUSTO, “Caducidad o prescripción,” *ED*, 186: 28; pues la caducidad es una sanción: LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Parte General*, t. II, p. 562. HUTCHINSON observa que la implementación de dicha norma es antijurídica, en virtud de que “el RLNPA puede legislar todo lo atinente al procedimiento administrativo, y hasta decidir cuando comienza a computarse el plazo judicial (es decir, cuando finaliza aquél), pero de ahí en más es una cuestión procesal (habilitación de la instancia) que escapa a la regulación del Ejecutivo.” Agrega que “un reglamento no podría alterar (modificándola) una disposición legal, y el art. 25 dice expresamente que el plazo procesal allí establecido es perentorio, y perentoriedad, entre otras cosas, significa que ni puede interrumpirse ni suspenderse”, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, 8ª ed., Astrea, 2006.

⁹⁹ Art. 76, segundo párrafo. La SCJBA, en la causa *Yovovich* (sentencia del 31 de agosto de 2007), determinó que a la luz de lo normado en el artículo 171 del Reglamento de Disciplina del Banco de la Provincia de Buenos Aires, el cual expresaba que la suspensión operaba de manera automática sobre los términos recursivos “desde la fecha de presentación de la solicitud”, la fecha a tener en cuenta para operar la suspensión del plazo para recurrir, es la que fija el sello fechador del Correo Argentino en la Carta Documento por la cual el actor solicitó la vista del expediente administrativo.

¹⁰⁰ PTN, *Dictámenes*, 132: 184. Comp. HALPERÍN, DAVID ANDRÉS y CATTANI, HORACIO R., “Procedimiento administrativo,” en *RAP*, 6: 12, 17 (Buenos Aires, 1979); según estos autores, una interpretación literal y restrictiva del mencionado apartado 9 “debe ser desechada por sus consecuencias irrazonables y por transgredir no sólo el principio de prescriptibilidad de las acciones sino los que consagra la propia LNPA.”

más armónica de interpretar esta norma.¹⁰¹ Desde luego, también es procedente manifestar la formal voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento al pedir la vista y en consecuencia tener ya interpuesto el recurso, dejando para luego de obtenida la vista el aportar la fundamentación pertinente. Ello permitirá obviar toda discusión y asimismo toda preocupación por plazos que pueden ser demasiado breves. En cuanto al tiempo durante el cual la administración debe conceder el plazo, el art. 38 del reglamento remite al art.1º, inc. e), aps. 4º y 5º: el plazo será en consecuencia de diez días hábiles administrativos¹⁰² y el interesado puede también pedir ampliación antes de su vencimiento. La norma establece que en caso de denegatoria ésta debe serle notificada por lo menos con dos días de antelación al vencimiento del plazo cuya prórroga se hubiere solicitado, lo cual hace que el particular a su vez deba pedir la prórroga al menos tres días antes de dicho vencimiento. La falta de respuesta en el término indicado en el ap. 5º del inc. e) del art. 1º prorroga a nuestro juicio automáticamente el plazo de que se trate. Si la notificación de la denegatoria llegara posteriormente al plazo fijado en esa disposición, deberá entenderse que el particular tiene a partir de la notificación los dos días mínimos que dicho inciso le garantiza de pleno derecho. Sea cual fuere el término, es claro que no puede pretenderse que el interesado tome vista en una sola oportunidad, o en un solo día; por el contrario, él puede tomar conocimiento de las actuaciones “en una o varias sesiones,”¹⁰³ dentro del término fijado y sin perjuicio de su derecho a seguir conociendo de las actuaciones en su ulterior desarrollo. Empero, el término es renunciable y el particular puede manifestar, si así lo desea, que da por finalizada la suspensión de los plazos anticipadamente.¹⁰⁴

8.3. Caso de denegación de la vista

Si la vista es parcialmente denegada, p. ej. con fundamento en que determinadas partes del expediente estaban declaradas reservadas por decisión fundada de autoridad competente, el efecto suspensivo se ha producido de todos modos,¹⁰⁵ pues él nace del *pedido* de vista y no de su otorgamiento o denegación. En tal

¹⁰¹ CANOSA, *op. cit.*, p. 142. En contra DOCOBO, *op. cit.*, p. 705. Ver PTN, *Dictámenes*, 159: 533, y otros; posteriormente señala HALPERÍN, “Los plazos en el procedimiento administrativo,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, cap. XXII, pp. 253-266, esp. p. 266, nota 27, que serían idénticos los conceptos de remisión y suspensión, lo que no estimamos acertado pues en la remisión el plazo comienza a computarse de nuevo, mientras que en la suspensión se sigue continuando el cómputo del plazo ya transcurrido a partir del cese de la suspensión.

¹⁰² DOCOBO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 705.

¹⁰³ VIVANCOS, *op. cit.*, p. 150; DOCOBO, *op. cit.*, p. 706: “nada autoriza a la Administración a considerar finalizado el término de la vista antes de transcurridos los diez días de rigor.”

¹⁰⁴ Puede renunciar a la suspensión de los plazos, pero no al derecho a seguir tomando la vista, que es de índole constitucional. Comp. DOCOBO, *op. loc. cit.*

¹⁰⁵ DOCOBO, *op. loc. cit.*

caso el plazo renace¹⁰⁶ a partir del día siguiente a la notificación de la denegación, siempre que el acto denegatorio no sea nulo.¹⁰⁷ Si el acto fuere nulo no produce efectos jurídicos¹⁰⁸ y en consecuencia la suspensión continúa vigente hasta que se dé efectivamente la vista.¹⁰⁹

Por lo expuesto, no aceptamos que la administración pueda, en caso de considerar que el pedido de vista se reitera con efectos dilatorios, denegarlo ni mucho menos sancionar al particular.¹¹⁰ En todo caso debe manifestar que el particular tenía, tiene y tendrá acceso irrestricto al expediente y que por ello le mantiene la vista concedida de pleno derecho por la norma, pero no le asigna en cambio al pedido —reiterativo y obstaculizante— efecto suspensivo de todos los términos procedimentales, sino sólo de los términos para recurrir.¹¹¹ Ello, como es sabido, no tiene por ahora efectos suspensivos del acto a impugnarse¹¹² y no afecta por lo tanto su ejecutoriedad y obligatoriedad. Si se procede de otro modo, o sea denegando también la vista y no solamente el efecto suspensivo, se corre el riesgo de cometer fallas procedimentales irreparables, que pueden llevar a la nulidad por indefensión de todo lo actuado.¹¹³

¹⁰⁶ Según vimos *supra*, § 8.2, “Suspensión de los términos,” en contra, DOCOBO, *op. loc. cit.*

¹⁰⁷ Lo cual ocurrirá si el acto declarando reservadas las actuaciones no existe, o no existe de antes, o no ha emanado de la autoridad competente que prescribe el art. 38, o si niegan *todo* el expediente y no sólo partes de él, etc.

¹⁰⁸ Ver *supra*, t. 3, cap. V, “Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad.”

¹⁰⁹ Conf. ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. loc. cit.*

¹¹⁰ DOCOBO, *op. cit.*, p. 706.

¹¹¹ Igual solución en ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 88. AGÜERO, *op. cit.*, p. 86, nota 13, expresa: “Del análisis de las normas citadas se desprende que lo que se suspende es el término del particular para recurrir, pero no la tramitación normal del expediente por la administración; lo contrario sería otorgar al pedido de ampliación de plazo un carácter paralizante del procedimiento y eventualmente dilatorio esto sería tan criticable como la práctica actual de mandar el Expediente a Mesa de Entradas para que el particular tome vista. El trámite puede seguir según su estado incluso pasando de una a otra oficina (salvo que resulte de los hechos del caso que esto, a su vez, se hace como maniobra dilatoria o persecutoria, p. ej. mandando el expediente a otra ciudad o a un punto lejano de la misma ciudad, o cambiándolo de oficina con excesiva frecuencia, etc.)”

¹¹² DL 19.549/72, art. 12; *supra*, t. 3, cap. V, “Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad.”

¹¹³ En autos *G.J.L.*, el Juzg. CA N° 1 de La Plata ordenó el 28 de Junio de 2004 al Servicio Penitenciario la entrega de una copia íntegra y autenticada del legajo personal del amparista como así también de los exámenes médicos que se le efectuaron durante su estadía en la Unidad N° 1 de Olmos, su examen de ingreso y las constancias de donde surgen los accidentes sufridos mientras desempeñaba tareas como mozo. Para ello, consideró que “[e]n el caso de autos, aún siendo cierta la circunstancia invocada por la Fiscalía de Estado en cuanto a que la demandada no ha podido dar vista inmediata de las actuaciones, porque las mismas no se encontraban en la Mesa de Entradas del Servicio Penitenciario; es indudable que la autoridad ha incurrido en una conducta omisiva... [e]n efecto, con la presentación del Sr. G.J.L., reclamando la vista de su legajo personal y otras actuaciones, el Servicio Penitenciario debió suministrar directamente o requerir aquella información al órgano respectivo (art. 48 Decr. Ley 7647/70), adoptando las medidas necesarias para la celeridad, economía y eficacia del trámite (art. 7 del mismo ordenamiento procedimental) que, en este supuesto, estaba enderezado a obtener una vista de la documentación requerida y que por esa razón, la referida omisión administrativa no solo constituye un supuesto de inactividad formal, sino también material...en tanto el objeto de aquel requerimiento incumplido compromete directamente el ejercicio del derecho constitucional de defensa y de acceso a la información...”

II. Limitaciones a la vista

9. *Admisibilidad de declarar reservadas partes del expediente*

Dijimos ya que no puede negarse que, en principio al menos, la administración tiene facultades para declarar que algunas partes de las actuaciones sean de carácter reservado y que cuando ello sea así decidido, no puede el particular tomar vista de las piezas que fueren del caso. Pero debe evitarse que esta atribución pueda convertirse en una corruptela y que se use abusivamente la facultad de declarar reservada una actuación,¹¹⁴ o parte de ella, pues el principio en la materia es que “la Administración no podrá, por tanto, limitar la audiencia a determinadas actuaciones, sino que deberá poner de manifiesto el expediente íntegro.”¹¹⁵

Por ello, toda decisión que declara reservada una actuación debe aclarar expresa y específicamente cuáles piezas del expediente son las que se declaran reservadas —evitando la calificación genérica— y fundando en cada caso la determinación adoptada, en forma correcta y razonada; además, esa decisión debe emanar de órgano competente, pues como es lógico no cualquier empleado o jefe de mesa de entradas tiene atribuciones para hacerlo. Como expresa MONTI, las limitaciones a la vista deben ser interpretadas restrictivamente.¹¹⁶ Y como dicen ABERASTURY (H.) y CILURZO, aquella declaración es una facultad reglada de la administración.¹¹⁷

10. *Órgano competente*

La regla teórica que parece más aceptable es aquella que indica que sea la misma autoridad competente que resuelve el fondo de los recursos más importantes, la que pueda pronunciarse en algo tan determinante, como decretar reservadas las actuaciones o partes determinadas de ellas.¹¹⁸ El reglamento nacional del decreto-ley de procedimiento administrativo, por su parte, se ha inclinado por conferir competencia en esta materia al “respectivo subsecretario del ministerio” o en su caso al “titular del ente descentralizado de que se trate.” En el primer aspecto, si bien la decisión de los recursos por lo general corresponderá a los ministros y los secretarios de Estado son los que intervienen en la *tramitación* de estos, no parece demasiado cuestionable que se haya atribuido competencia a los subsecretarios para declarar reservadas determinadas partes de las actuaciones, dado

¹¹⁴ CSJN, Fallos, 311-1: 751, *La Buenos Aires Cia. de Seg. S.A. c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A.*, 1998, *supra*, nota 7.

¹¹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, *op. cit.*, p. 483; *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 324 y 2ª ed., p. 332; *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 714. GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, t. I, *op. cit.*, p. 686 y ss.

¹¹⁶ MONTI, “Limitaciones a la vista...,” *op. cit.*, pp. 131-45, esp. p. 145.

¹¹⁷ ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 86.

¹¹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, *op. cit.*, p. 484; *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 714.

que la jerarquía es bastante similar y se mantiene el poder de decisión en un parecido nivel ministerial.¹¹⁹ Sin embargo, nos parece bastante objetable que se haya dejado a los directorios de entes descentralizados la misma atribución. En la administración central, por su mayor diversidad de asuntos y mayor exposición a la opinión y crítica pública, no suele haber celos de reserva acerca de los expedientes en que tramitan recursos. En muchos entes descentralizados, en cambio, la misma individualidad que la entidad tiene crea a veces sentimientos de cuerpo e identidad excesivos, que llevan a sus funcionarios a abusar en algunos casos de las facultades del procedimiento. Ésta es una de ellas.¹²⁰ Por eso estimamos que en los entes descentralizados debe considerarse con mucho más rigor la admisibilidad del ejercicio de esta facultad y anular retroactivamente todos los actos que supongan su ejercicio ilegal o abusivo. Lo dicho para el caso de decisiones adoptadas por directorios de entes descentralizados debe enfatizarse cuando la dirección del ente es unipersonal por disposición estatutaria o por intervención administrativa. Es obvio que la colegialidad es en sí una garantía de discusión y controversia y una oportunidad para que se debata serenamente la decisión a adoptar. A la inversa, la unipersonalidad, si bien tiene ventajas como la eventual mayor rapidez de decisión del funcionario, tiene también el perjuicio de que puede favorecer decisiones quizás no suficientemente reflexivas o directamente arbitrarias.¹²¹ La “reserva” de determinadas actuaciones decretada a nivel de un ente descentralizado, que por supuesto no alcanza a las actuaciones posteriores que se realicen en el trámite del recurso de alzada, deja de todos modos de tener virtualidad jurídica al elevarse el expediente al ministerio para la tramitación de la alzada. La competencia del directorio del ente descentralizado debe interpretarse restrictivamente, sólo en tanto y en cuanto los actuados se desenvuelvan en el seno del mismo ente y por ello mal puede tener efecto alguno cuando el expediente tramita en una instancia jerárquica superior, que tiene también competencia específica para declarar la reserva de parte de los actuados si así lo estima pertinente. En ausencia de una nueva y expresa calificación de reserva de parte de las actuaciones por el subsecretario, el expediente debe considerarse en su integralidad, nuevamente, bajo el principio genérico constitucional y legal de la publicidad.

¹¹⁹ Sin embargo, cabe recordar que en el Seminario de las Naciones Unidas celebrado en Ceilán en 1959 se entendió que “sólo un Ministro” o un Juez era competente para “declarar que un documento determinado no podía ser exhibido.”

¹²⁰ Prueba de ello es que estas declaraciones de “reserva” de parte de las actuaciones son más frecuentes en los entes descentralizados que en la administración central. Es que la declaración de “reserva” es una fuerte tentación para el funcionario que no tiene argumentos serios con los cuales contestar un recurso o fundar un comportamiento. Tender un velo de silencio e ignorancia es, sin duda, recurso de los débiles y de quienes carecen de razón. La administración no puede estar ayudada por el intérprete a autocolocarse en ninguna de tales situaciones y por ello consideramos que debe restringirse el alcance de esta disposición que criticamos, en cuanto a la competencia para decretar la reserva.

¹²¹ Ver, *mutatis mutandis*, lo dicho en el t. 1, cap. IX, “Las funciones del poder” nota 62.

11. *Indelegabilidad*

Consideramos que la expresa atribución de competencia que resulta de las normas comentadas excluye la posibilidad de que pueda delegarse a funcionarios de menor jerarquía la adopción de decisiones sobre el carácter de reservado de una o varias partes determinadas de un expediente. La garantía de la publicidad del procedimiento y de la defensa del particular exige que se trate de una decisión adoptada a un nivel de decisión equivalente por lo menos al de los principales recursos administrativos, como quedó dicho más arriba.

12. *Requisitos del acto. El pedido de la reserva*

El art. 38 de la reglamentación se ha ocupado de insistir en que el acto de reserva debe satisfacer los requisitos mínimos de validez del acto administrativo y en tal sentido reitera en forma expresa que se requiere “decisión fundada”¹²² y “previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente.” Dado que ambos requisitos ya están exigidos por el art. 7° del decreto-ley,¹²³ su reiteración debe interpretarse como un especial énfasis en el rigor con el cual cabe considerar la validez del acto y su estricto cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos señalados por el art. 7°. La disposición citada agrega un elemento adicional a los contemplados por dicha norma y es que la reserva sólo podrá disponerse “a pedido del órgano competente” y no, en consecuencia, directamente de oficio. Es éste claramente un “procedimiento esencial” exigido expresamente por el orden jurídico, tal como lo contempla el inc. d) del art. 7° y, por lo tanto, su omisión determina la nulidad del acto. Su exigibilidad equivale a la del dictamen de la junta de disciplina en los sumarios, la licitación en los contratos o el concurso en las designaciones.¹²⁴

El sentido de la disposición es que no se decreten “reservas” por sugerencias y propuestas de autores “desconocidos” dentro o fuera de la administración: Se quiere que un funcionario determinado se responsabilice de proponer que la reserva sea decretada y desde luego fundamente la propuesta. A su vez, no cualquier agente público puede disponer la reserva, sino que debe serlo el “competente,” o sea el funcionario competente para la dirección del procedimiento: en el orden nacional, debe tratarse por lo menos de un director nacional; en un ente descentralizado, ha de ser el secretario general o gerente general de la institución quien formule la propuesta al directorio. Sin el cumplimiento de este procedimiento esencial, establecido como control y garantía de la publicidad del procedimiento, salvo supuestos de excepción no ha de admitirse la validez de las declaraciones

¹²² “Para poder declarar actuaciones reservadas, confidenciales o secretas, la resolución debe contener una motivación suficiente, dado que el uso abusivo de esa facultad viola indudablemente la garantía del debido proceso.” PTN, *Dictámenes*, 114: 77 y 166.

¹²³ Ver *supra*, t. 3, cap. VIII, “Objeto y competencia del acto administrativo,” § 1, “Elementos del acto administrativo.”

¹²⁴ Ampliar *supra*, t. 3, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 4, “Vicios de la voluntad, previos a la emisión del acto.”

de reserva efectuadas. Y por supuesto tampoco ha de admitirse su validez si no son emanadas éstas de las autoridades taxativamente consideradas por la norma, o no son suficientemente fundadas, o no tienen dictamen jurídico previo, o no cumplen con los demás recaudos del art. 7°.

13. *Reserva total o parcial*

Nunca una cuestión podrá ser tan secreta como para que todo el expediente necesite mantenerse oculto a las partes.¹²⁵ Son sólo piezas, fojas o documentos determinados los que podrán encontrarse en tal situación: así lo establece el art. 38 al establecer que son “actuaciones” específicas, “diligencias, informes o dictámenes” individualizados, los que podrán ser declarados reservados o secretos.¹²⁶ Consideramos por ello que si la administración dispone la reserva de todo un expediente o asunto, genéricamente, dicha calificación es nula e ineficaz. Para poder aceptar la validez de la reserva es necesario que ésta se refiera a *piezas concretas e individualizadas del expediente*, las cuales entonces no podrán ser conocidas por los interesados sin perjuicio de su acceso al resto de los actos.¹²⁷ En cualquier caso, va de suyo que aquello cuyo conocimiento se niega al interesado no puede ser invocado, directa o indirectamente, como fundamento de la decisión adoptada.

14. *Casos en que pueden reservarse partes del expediente*

¿En qué casos puede admitirse que un subsecretario nacional o el directorio de un ente descentralizado declaren reservadas partes de un expediente por acto administrativo expreso y fundado, previo dictamen jurídico?

14.1. *Principio general*

Las situaciones varían mucho; pero conviene tener siempre presente que en todos los casos se tratará de una excepción que debe en consecuencia interpretarse

¹²⁵ CANOSA, *op cit.*, p. 141; “La vista en el procedimiento administrativo,” *ED*, 134: 899.

¹²⁶ CCAyT, Sala II, *Piesco, Raúl Antonio c. GCBA*, 23-X-03.

¹²⁷ La CApel en lo CA de San Martín, en *Asociación Civil y Defensa de la Calidad de Vida ADECAVI c/ Municipalidad de Pilar s/ Informe ambiental*, tuvo que pronunciarse sobre un pedido de información solicitado por dicha Asociación al Municipio, acerca de la cantidad y ubicación de las antenas de telefonía celular autorizadas a funcionar. El Municipio denegó el pedido alegando que la información requerida se encontraba amparada en el “secreto fiscal” establecido en el art. 27 de la Ordenanza Fiscal Impositiva del Partido de Pilar. La Cámara determinó que se debía anotar el pedido de vista a aquellos que hubieran intervenido en carácter de partes y a quienes pudieran considerarse afectados por la divulgación de tal información; en consecuencia, la Comuna debía solicitar en forma previa a la vista de las actuaciones administrativas correspondientes, y que la Comisión Nacional de Comunicaciones y la Autoridad Ambiental Provincial se expidiesen sobre la existencia de algún impedimento o restricción para la exhibición de alguna pieza o documento relativo a la materia de su incumbencia. No es una solución encomiable, pues introduce un factor de gran dilación en el procedimiento de acceso a las actuaciones, pero al menos va en la buena senda de requerir sustento fáctico suficiente y motivación adecuada de la decisión que se adopte al momento de eventualmente denegar el acceso.

restrictivamente¹²⁸ y ante la duda debe anularse la declaración de “reservado” hecha para todo o parte del expediente. En un país que aspire a ser considerado como Estado de Derecho¹²⁹ debe operar como principio general la publicidad de los actos y procedimientos estatales, y por ello es inadmisibles concebir alguno intrínsecamente, “por su naturaleza” secreto.¹³⁰ A lo sumo, podría considerarse que en algunos casos las circunstancias que rodean un acto concreto aconsejan su falta de publicidad,¹³¹ lo que deberá ser adecuadamente motivado, con sustento fáctico suficiente. Considerar que es posible admitir la existencia de un catálogo de casos y asuntos que “por su naturaleza” podrán siempre ser declarados reservados, con prescindencia de las circunstancias del caso, no responde a nuestro sistema constitucional.¹³² Así ha dicho la Procuración del Tesoro que rige el “principio general de la publicidad de los actos de gobierno, que es esencial al sistema republicano que nos rige.”¹³³ Además, “la calificación como secreto de Estado es una cuestión jurídica, no una cuestión de hecho y mucho menos una cuestión política, de modo tal que la decisión de qué es secreto de Estado no puede ser hallada por una instancia política desde puntos de vista políticos.”¹³⁴ No debe en esto pecarse de ingenuidad, ya que la invocación del “secreto de Estado” suele hacerse en casos en que la divulgación de un hecho es perjudicial para el *partido gobernante* o para los *funcionarios* del gobierno, antes que para el *Estado* mismo. El secreto de Estado debe ser solamente un secreto a favor del Estado,¹³⁵ no a favor de los funcionarios; los hechos que afectan o perjudican a estos personal-

¹²⁸ CCAyT, Sala II, *Piesco*, *op. cit.*

¹²⁹ No se crea que esto es mera divagación idealista, pues está demostrado que su vulneración genera inseguridad jurídica que a su vez produce huida de capitales, retracción de las inversiones, etc., con generalizado impacto social adverso.

¹³⁰ Ello, sin perjuicio de las insalvables objeciones de teoría general del derecho y filosofía jurídica a la pretendida “naturaleza” o “esencia” de nada, como explicamos en el cap. I del tomo 1, al cual nos remitimos.

¹³¹ ARNDT, ADOLF, “Das Staatsgeheimnis als Rechtsbegriff und als Beweisfrage,” en *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich-Berlín-Frankfurt a. M., 1963, 11: 465, señala cómo incluso planes militares han sido considerados públicos en la entonces República Federal Alemana.

¹³² Ver *supra*, t. 1, caps. II y III. El mismo principio consagran la Convención Interamericana contra la Corrupción, la ley de ética pública y el decreto 229/00.

¹³³ PTN, *Dictámenes*, 94: 265; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 674: “Las actuaciones correspondientes a los «recursos», como a toda otra actuación administrativa, por *principio* son públicas. Debe asignárseles el mismo carácter que a las actuaciones judiciales. Excepcionalmente dejarán de ser públicas, es decir se convertirán en «secretas», cuando motivos especiales así lo requieran. La tesis que propugnase el secreto sistemático de las actuaciones administrativas chocaría con los postulados del Estado de Derecho.” Igual principio está recogido en el dec. 229/00 y en la ley de ética pública.

¹³⁴ ARNDT, *op. cit.*, p. 466.

¹³⁵ ARNDT, *op. cit.*, p. 470 y nota 30; JNFed. CA 8, *Monner Sans*, LL, 2005-C, 696, donde se declaró la inconstitucionalidad de un decreto-ley secreto, con nota de JUAN LIMA, FERNANDO E., “Las «leyes secretas»,” p. 695 y ss.; RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “Leyes secretas ¿antagónicas con un estado de derecho?,” LL, 2005-D, 480. La Cámara revocó el fallo: CNFed. CA, Sala V, *Monner Sans*, con nota de JUAN LIMA, “«Leyes secretas»: Continúa el sigilo,” LL, 2006-E, 74; BASTERRA, MARCELA I., “Leyes secretas: ¿son inconstitucionales? El caso Monner Sans,” RAP, 334: 55, Buenos Aires, 2006.

mente, no constituyen de ninguna manera secreto de Estado.¹³⁶ El principio del carácter *público* del expediente para todas las partes interesadas (sea en virtud de un derecho subjetivo o de un interés legítimo) es indiscutible en un Estado de Derecho, pero debe advertirse que no es suficiente.

El principio de BRANDEIS, de que la publicidad es un remedio para muchas enfermedades sociales, es especialmente aplicable para la mayor parte de los vicios y corrupciones públicas; para ellos, “La luz del sol [...] es el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica el mejor policía.”¹³⁷ Por ello debe aplicarse y ampliarse más allá de las partes interesadas.¹³⁸

La tendencia moderna en una sociedad abierta y democrática es hacia el dictado de leyes que garanticen la libertad de información a *cualquier* persona.¹³⁹ Un buen ejemplo es la ley de libertad de información (*Freedom of Information Act*,

¹³⁶ ARNDT, *op. cit.*, p. 467. Ver las referencias de la nota anterior y también DIANA, NICOLÁS, “Algo más que vías de hecho administrativas,” *LL*, 2005-C, 466, esp. p. 466-8; BASTERRA, “Inconstitucionalidad de las leyes secretas,” *LL*, 17-VII-06. No está demás decir que dista mucho de satisfacer la publicación en el *B.O.* de decretos-leyes, llamados “leyes” del gobierno de Onganía y del Proceso. Ver el debate GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FERNANDO, “¿Ley 19.5449 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional,” *LL*, 2006-F, 892; MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en *LL, Sup. Adm.*, 2006 (diciembre), 59-61; YACOVINO, CECILIA, “Discurso y realidad: otra mirada sobre el debate Gordillo-Campolieti,” en *Res Publica Argentina*, RPA 2007-1: 83-92, Buenos Aires, Rap, 2007, quien remite a “De la crisis del poder al poder de la crisis,” *Res Publica Argentina*, RPA 2005-1: 99-119, Buenos Aires, Rap, 2006; DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras o las palabras de la fuerza,” *RPA*, 2007-1: 90.

¹³⁷ BRANDEIS, citado por SCHWARTZ, *Administrative Law, op. cit.*, 3ª ed., p. 127; p. 146; ROWAT, DONALD C., *Administrative Secrecy in Developed Countries*, Londres y Nueva York, 1979.

¹³⁸ ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 82.

¹³⁹ Tal como recuerda GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y anotada*, 3ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 25-6, la publicidad de los actos de gobierno es central al sistema republicano. A nivel nacional ha sido reglamentado por el decr. 1172/03, anexo VII, aunque su cumplimiento es dificultoso; a nivel de la CABA la ley 104 no presenta ese tipo de problemas. Ver BASTERRA, MARCELA I., *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006; BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A.; FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO M. y LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO, “La participación pública y el acceso a la información: herramientas para mejorar la calidad institucional. Comentarios al decreto N° 1172/2003,” en *RAP*, N° 315: 91-113, esp. sección VI; SCHEIBLER, “Acceso a la información en manos del Estado: el pueblo (debe poder) saber de qué se trata,” en *RAP*, 325: 111-29; AMMIRATO, AURELIO L., SCHEIBLER, GUILLERMO M. y TRÍPOLI, PABLO, “Ley 104 de acceso a la información de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en *LL*, 2003-F, 294-304; CICERO, NIDIA K., “La reglamentación del acceso a la información pública,” en *JA*, 2004-I, 1290-1; CONVERSE, MARTÍN M., “El derecho a la información en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” *RDA*, Buenos Aires, 2005, pp. 903-8, anotando CCAyT de la CABA, Sala 2ª, *Campos Ríos*; TRAVIESO, FLORENCIO, “El derecho de acceso a la información pública. Principios y fundamentos en un reciente fallo,” en *ED*, 197: 297; CAPUTI, CLAUDIA, “Un momento crucial de la transparencia administrativa. Un fallo trascendente que permite reflexionar sobre el camino recorrido y las etapas futuras,” en *RAP*, 312: 57-70, anotando CNFed. CA, Sala III, *CPACF c/ EN*; ROVNER, RICARDO D., “Las dos caras del Congreso,” en *RDA*, Buenos Aires, 2005, pp. 932-5, anotando CNFed. CA, Sala III, *Fundación Poder Ciudadano*; LAVALLE COBO, DOLORES, “Un nuevo avance jurisprudencial en derecho de acceso a la información pública,” en *LL*, 2005-D, 847-54, anotando CNFed. CA, Sala III, *Centro de Implementación de Políticas Públicas*; GILARDI MADARIAGA DE NEGRE, CECILIA, “Derecho de acceso a la información pública,” en *RDA*, Buenos Aires, 2005, pp. 287-91, anotando CNFed. CA, Sala III, *Asociación del Personal Legislativo-APL*.

EE. UU., 1966), con sólo expresas y limitadas excepciones tendientes a preservar la privacidad personal de los individuos.¹⁴⁰

14.2. *Informes, dictámenes y pericias*

Debe desecharse la posibilidad de declarar reservados los informes, pericias o dictámenes en que se basa o *no* la decisión final adoptada.¹⁴¹

Al respecto es educativo recordar los considerandos de la señera resolución 734/56 del Ministerio de Obras Públicas redactada por quien fuera durante largos años su muy distinguido Director de Asuntos Jurídicos, DR. FERRER MOYANO. No importa el año ni el nivel normativo del acto. Son sustanciales sus argumentos.

“Que el hecho de que el informe o dictamen de una dependencia o de una repartición tenga orientación distinta de lo resuelto, no es razón para sustraerlo al conocimiento del interesado so pretexto de que sus argumentos podrían darle base para un pedido de revisión o de reconsideración;

“Que los informes producidos por las oficinas intervinientes, muchas veces vinculados con aspectos parciales o especiales de los problemas, deban ser confrontados y ponderados por la autoridad encargada de decidir, por cuya circunstancia es lógico pensar que la resolución atendiendo a los argumentos de más peso deje de lado los que tienen menos valor;

“Que, en consecuencia, un pedido fundado en los argumentos desechados no podrá prosperar si la ponderación ha sido justamente realizada o por el contrario, arrojando nueva luz sobre la cuestión probará que ha habido error de apreciación y brindará a la administración la oportunidad de rectificar una decisión equivocada.”

El derecho uruguayo también señala que “El mero hecho de que los informes sean favorables o adversos a los interesados, no habilita a darles carácter de reservados,”¹⁴² principio que puede considerarse de validez general aun a falta de consagración normativa expresa. Es poco lo que se pueda insistir en este aspecto, pues en alguna oportunidad se han encontrado casos en que la administración, maliciosamente o no, desglosa todos los informes y dictámenes de valor antes de otorgar la vista solicitada, con lo cual el expediente a que tiene finalmente acceso el interesado se reduce a un conjunto de pases y fojas sin trascendencia alguna. Cuando el recurrente toma “vista” de un expediente “preparado” en

¹⁴⁰ Ver DAVIS, KENNETH CULP, *Administrative Law Text*, St. Paul, 1972, 3ª ed., cap. 3A, p. 68 y ss.; DAVIS, KENNETH CULP y PIERCE, RICHARD, *Administrative Law Treatise*, t. II, Boston, Little, Brown & Co., 1994, p. 185 y ss.; SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston, 1976, 1ª ed., p. 127 y ss.; 1991, 3ª ed., p. 146 y ss; FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO, *El Derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, cap. I, pp. 29-62.

¹⁴¹ Ver nuestro Proyecto de 1964: “Art. 257: Las vistas y traslados se otorgarán sin limitación de parte alguna del expediente, y se incluirán también los informes técnicos y dictámenes fiscales o letrados que se hayan producido;” art. 260 *in fine*: “El mero hecho de que los informes o dictámenes sean favorables o adversos al interesado no justifica el darle carácter de reservado.”

¹⁴² Decr. 500/91, art. 80.

estas condiciones, debe levantar un acta notarial, de las fojas faltantes, refoliaturas realizadas, etc., para así demostrar la irregularidad cometida y pedir las sanciones pertinentes. Es un “leal conocimiento” de las actuaciones lo que exige la jurisprudencia de la Corte Suprema. Un conocimiento cabal y completo, sin reticencia ni ocultamientos de ninguna naturaleza.

14.3. *Dictámenes sobre un litigio actual*

Cuando existe un juicio actual entre la administración y un particular y algún dictamen jurídico-administrativo se refiere a la conducta procesal que el Estado debe adoptar en tal juicio, impropriamente no se otorga vista de *ese* dictamen: esa es la doctrina oficial y la práctica concreta de la administración pública nacional, en base al criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación. Se ha sostenido injustamente como supuesto fundamento de dicha tesitura que cuando “los dictámenes adelantan opiniones sobre la conducta que cabe seguir en la tramitación del pleito en que aquellos están interesados,” no debe permitirse su conocimiento por parte de los litigantes.¹⁴³ El argumento indicado en favor de tal criterio es que “de otro modo se coloca al Estado en situación de desventaja con relación a la parte contraria, que cuenta al respecto con la garantía del secreto profesional de sus propios asesores.” Además, tales opiniones no constituyen actos administrativos ni informes sobre hechos.¹⁴⁴

Esto constituye sólo una excepción a la regla, que debe interpretarse restrictivamente como se desprende de los antecedentes glosados. Por otra parte la vista correspondería de todos modos si los dictámenes, en lugar de limitarse a adelantar la conducta procesal que el Estado habrá de seguir en el juicio de que se trata, contuvieran “informes sobre hechos,” o se limitaran a expresar opinión sobre el fondo del asunto, pero sin evaluar ni indicar un determinado comportamiento procesal; pues es conveniente reiterar, como bien lo expresara la resolución n° 734/56 del Ministerio de Obras Públicas, “Que el hecho de que el informe o dictamen de una dependencia o de una repartición tenga orientación distinta de lo resuelto, no es razón para sustraerlo al conocimiento del interesado so pretexto de que sus argumentos podrían darle base para un pedido de revisión o de reconsideración.”

Por último, es de advertir que la posibilidad de reservar dictámenes como los indicados es aplicable sólo si se trata de juicios ordinarios contra el Estado, o acciones de plena jurisdicción si existe un código contencioso-administrativo, es decir,

¹⁴³ PTN, *Dictámenes*, op. cit., 74: 46; 93: 105; 99: 331.

¹⁴⁴ PTN, *Dictámenes*, op. loc. cit. ESCOLA critica esta limitación señalando que “Este criterio no respeta el principio —tantas veces expuesto— de que en los recursos administrativos no debe interesarle a la administración mantener sus propias decisiones o hacer abortar las pretensiones del peticionante, sino alcanzar con la concurrencia del recurrente una adecuada revisión de sus propios actos, a fin de lograr su efectiva juridicidad” (op. cit., p. 311.) La existencia de un litigio puede exacerbar el celo de los funcionarios.

a controversias judiciales en que tanto la administración como el administrado asumen el carácter de *partes* en el proceso. Si se trata en cambio de recursos de anulación, cuando existen, o de algún otro proceso en que el tribunal actúa más de oficio y la administración no tiene carácter de parte, entonces ninguna razón puede justificar el declarar reservados los dictámenes administrativos que se refieren a dichos recursos o procesos.

14.4. *Otros ejemplos*

El decreto 1.666/78 sobre diligenciamiento de documentación administrativa contemplaba algunos casos en los cuales podía corresponder asignar la calificación de “secretos” o “reservados” a determinados proyectos de decretos: Operativos militares y/o de las fuerzas de seguridad, adquisición, fabricación o venta de material bélico, estructuras orgánicas de los servicios de inteligencia del Estado, designación de personal militar o de seguridad para desempeñar funciones en la administración, etc.

Como se advierte, el “secreto” o la “reserva” en el gobierno militar de entonces era una atribución referida a asuntos militares o de seguridad, en el ámbito castrense o del Poder Ejecutivo y nada tiene que ver con los expedientes en los cuales tramitan reclamos o recursos de particulares, o audiencias públicas en las cuales se consideren posibles aumentos de tarifas ante las estructuras de costo¹⁴⁵ aportadas por los concesionarios, datos estos a todos los cuales difícilmente se podrá válidamente calificar de reservados o secretos.¹⁴⁶ Este principio viene de antaño, en especial del decreto 34.023/44, que se refiere a los hechos relativos a la defensa del país y a la seguridad nacional.¹⁴⁷

En sentido similar la constitución española de 1978 que consagra, al igual que las constituciones democráticas modernas, el principio de publicidad de los archivos y registros administrativos y gubernamentales para el público en ge-

¹⁴⁵ Aunque parezca increíble, en agosto de 2002 las empresas concesionarias solicitaron, en ocasión de la audiencia pública para la renegociación de los aumentos de tarifas que su información pudiera ser “considerada confidencial y en consecuencia se proceda a su reserva:” esto es lo que más increíblemente aun, pretende decidir la resolución ME. 317/2002, B.O. 27-8-02, p. 4. Del mismo tenor son las dificultades que se ponen a los que desean acceder a los textos de los contratos de concesión: Ellos no se publican en el Boletín Oficial, y para conocer su contenido es necesario ir a las oficinas de dicho Boletín Oficial a fin de solicitar una fotocopia a costa del interesado. Es otra rémora más del Estado de policía. Cambian los gobiernos, pero las prácticas se mantienen.

¹⁴⁶ P. ej., la mera declaración de que el caso es de seguridad nacional no basta. El Estado debe probar la existencia de razones de seguridad, sobre la base de pruebas y hechos concretos y no meras afirmaciones dogmáticas. Así SUPPERSTONE, MICHAEL y GOUDIE, JAMES, *Judicial Review*, Londres, Butterworths, 1992, p. 179, con cita del *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, del año 1985.

¹⁴⁷ Dicho decreto fue considerado vigente por la Procuración del Tesoro de la Nación en 1978, *Dictámenes*, 145: 382 y se ha estimado aplicable para mantener en secreto, en la especie, un informe de los servicios de inteligencia. La esfera de lo secreto se exagera en los gobiernos y jueces que privilegian la autoridad y se morigera en los regímenes y sociedades abiertas y pluralistas. Saber cómo funciona esta materia es un buen *test* de legitimación democrática.

neral, establece la posibilidad de limitar el acceso de los ciudadanos en aquellos aspectos en que ello “afecte la seguridad y defensa del Estado.”¹⁴⁸

15. *El envío de expedientes administrativos relacionados con un juicio actual*

Otra cuestión que se plantea con cierta frecuencia pone a prueba la autoridad constitucional del Poder Judicial sobre la administración. Ha dicho nuestra Corte Suprema que se trata “de la facultad de traer a la vista todo expediente que tenga relación con el pleito. Tal facultad, como dice CARAVANTES,¹⁴⁹ autorizada por la antigua jurisprudencia, tiene por objeto permitir que el juez adquiera los datos necesarios para decidir el pleito con arreglo a justicia, por los que arrojan otros autos que versen sobre la cuestión relacionada con el mismo, siendo evidente que si el juez puede traer al juicio los documentos que crea convenientes para esclarecer el derecho de los litigantes; —para lo cual lo faculta expresamente la ley federal 50, art. 16— puede también traer a la vista los autos relacionados con el litigio, puesto que contienen documentos y lo son ellos mismos.”¹⁵⁰

Esta facultad genérica de los jueces para mandar traer “todo expediente que tenga relación con el pleito,” en la expresión de la CSJN, no se ejercita siempre fácilmente, sin embargo, cuando se trata de expedientes administrativos. Si bien dicha facultad judicial comprende las actuaciones administrativas como lo estatuye el art. 396 del CPCCN,¹⁵¹ puede sufrir excepciones.

Así “La obligación que tienen las reparticiones públicas de cooperar al cumplimiento de la función jurisdiccional mediante la remisión de documentos, datos estadísticos, actuaciones, constancias de sus archivos e informes requeridos por mandato judicial, no tiene otras limitaciones que las que pudieran emanar de su propia competencia funcional, de disposiciones legales expresas en contrario o de consideraciones fundadas en razones de orden público o de seguridad del Estado”¹⁵² y “Queda bien establecido, conforme a lo expuesto, que el tribunal no estima aceptable que el Estado o sus reparticiones nieguen la exhibición o envío de antecedentes administrativos, salvo que la denegatoria se funde en los menciona-

¹⁴⁸ El art. 105, inc. b) agrega como limitación del acceso a los registros gubernamentales, el caso en que ello afecte “la averiguación de delitos y la intimidad de las personas.” Esto se refiere al acceso de terceros: El acceso de las partes debe ser más amplio y sólo en casos excepcionales cabe admitir su restricción. Ver también BIRKINSHAW, PATRICK, *Government and Information – The Law Relating to Access, Disclosure and Regulation*, Butterworths, 1990, p. 303.

¹⁴⁹ *Tratado*, t. II, p. 280.

¹⁵⁰ CSJN, *Besana*, JA, 65: 18, año 1938; *Fallos*, 182: 502. Si bien la ley 50 está derogada, el principio está receptado en el Código Procesal.

¹⁵¹ “Asimismo, podrá requerirse a las oficinas públicas la remisión de expedientes [...] relacionados con el juicio.” Esto lo refuerza el art. 387: “Las partes y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la solución del litigio, estarán obligados a exhibirlos o a designar el protocolo o archivo en que se hallan los originales. El juez ordenará la exhibición de los documentos, sin sustanciación alguna, dentro del plazo que señale.” En la práctica, sólo muy excepcionalmente la administración resiste el cumplimiento de esta obligación, p.ej. alegando el extravío del expediente. Por eso el permanente consejo a las partes de obtener y guardar fotocopia de todo lo actuado.

¹⁵² CNac. Civ., Sala C., LL, 97: 305, *Nieto*, 1959.

dos motivos de excepción.”¹⁵³ A veces la administración, requerida judicialmente a enviar un expediente se niega a hacerlo, invocando que es reservado o, incluso, que “no existe bajo ese número.”¹⁵⁴ Corresponde a la justicia decidir acerca de la razonabilidad de los motivos esgrimidos: “Claro está que la apreciación de esta última circunstancia, sólo incumbe al magistrado —por resultar inherente a sus poderes exclusivos de dirección del proceso— y *nunca al funcionario administrativo requerido para el diligenciamiento de esa medida*. Ningún juez podría, pues, delegar esa facultad sin menoscabo de su investidura.”¹⁵⁵ El juez decide su admisibilidad.¹⁵⁶ En este aspecto podrá tenerse en cuenta, como elemento favorable a la actitud de la administración, el que ella ofrezca satisfacer de otro modo el requerimiento judicial. Así p. ej. en una causa en que se expresó que “No habrá inconvenientes en exhibir el respectivo expediente a la persona que ese juzgado designe a fin de que extraiga copia o cuantos datos estime necesarios que sean de interés en la causa [...], las que debidamente individualizadas serán autenticadas por esta repartición.”¹⁵⁷

No dándose esta circunstancia y no resultando fundada la negativa a enviar las actuaciones, cabe al Poder Judicial, en ejercicio de sus atribuciones legales para la dirección del proceso, adoptar las medidas que fueren necesarias para dar cumplimiento a sus decisiones: secuestro de las actuaciones, allanamiento, medidas autosatisfactivas, cautelares autónomas, etc.¹⁵⁸ En otra variante, el juez puede ordenar la comparecencia personal del funcionario de que se trate *con el expediente*, de modo tal que el juez pueda compulsarlo y resolver, con las

¹⁵³ *Op. loc. cit.* Ver SPOTA, ALBERTO GASPAS, “El deber procesal de presentar documentos en poder de una de las partes y ofrecidos como prueba por la otra,” en *JA*, 1953-II, 367; WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, p. 4: “El Estado no debe retener pruebas que alguien necesite para hacer valer sus derechos.”

¹⁵⁴ Este tipo de respuesta es a veces de mala fe, porque la actuación ha recibido un n° distinto, que la administración no divulga. Conviene adelantarse pidiendo el número de expediente y “todas las demás actuaciones que se refieran a la cuestión,” detallando en el oficio judicial cuál es el asunto sobre el cual se requiere el envío de las actuaciones.

¹⁵⁵ *Canal M. c/Della Marico, Luis, LL*, 84: 454, 1956, con nota de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, “Revocación de oficio de resoluciones firmes,” *CNac. Civ., Nieto*, Sala C, 1959 (*LL*, 97: 305, 308.)

¹⁵⁶ El art. 397 del CPCCN expresa que la remisión del expediente “sólo podrá ser negado si existiere justa causa de reserva o de secreto, circunstancia que deberá ponerse en conocimiento del juzgado dentro de quinto día de recibido el oficio.” O sea, a) Debe haber justa causa: y ello a su vez debe ser expuesto fundadamente al juez, quien decidirá en última instancia si la causa alegada existe o no y si justifica o no la no remisión de las actuaciones; b) Debe ser expuesta dentro del quinto día: si la administración no lo pone en conocimiento del juzgado dentro del término legal, debe interpretarse que no existe causal que la exima de enviar las actuaciones, al igual que según el art. 407 la no contestación en término del pliego de posiciones hace que sean tenidos por ciertos los hechos allí enunciados. Es significativo que la ley haya dado un término muy breve para que la administración diga si hay o no justa causa de reserva y en cambio un término más amplio para la contestación del informe en cuanto al fondo, o para la remisión de las actuaciones, lo cual indica que su finalidad es que sólo en casos en que la reserva sea clara, pueda hacerse uso de esta facultad de pedir al juez que exima a la oficina de que se trata de enviar las actuaciones.

¹⁵⁷ Así ocurrió en la causa *Nieto*, que figura en *LL*, 97: 305, 308.

¹⁵⁸ Ver las consideraciones contenidas en el fallo de 1a instancia publicado en *LL*, 97: 306 y lo expresado por la Cámara sobre el punto.

constancias a la vista, lo que estime pertinente sobre la alegada reserva de las actuaciones. Un problema específico se presenta en los procedimientos de selección del contratista estatal en virtud de lo establecido en los arts. 19 del decr. 1023/01 y 62 del decr. 436/00, que excluyen la vista de las actuaciones en la etapa de evaluación de ofertas. Al respecto se ha señalado acierto que en ese momento pueden reservarse las actuaciones de la comisión de preadjudicación, pero no todo el expediente (p.ej. las ofertas) del que pueden tomar vista los interesados.¹⁵⁹

16. *Efectos de la reserva*

Como es natural, declarada la reserva de determinadas piezas de las actuaciones, el interesado no tendrá acceso a ellas. No compartimos por ello la afirmación de que “cuando la administración ha hecho uso de su potestad de declarar reservadas ciertas actuaciones, ello sólo dará lugar a que ellas se exhiban al recurrente dentro de determinadas condiciones de restricción, como ser bajo previa caución, o con la prohibición, bajo sanciones que pueden ser incluso de tipo penal, de su difusión fuera del expediente del recurso, etc. Pero la exhibición de esas piezas o partes de las actuaciones siempre debe tener lugar, porque de otro modo [...] el derecho de defensa del recurrente estaría vulnerado y limitado el alcance mismo de su articulación.”¹⁶⁰ Toda reserva parcial —o peor total— de las actuaciones es un avance sobre la garantía de defensa del interesado, que ha de ser considerada restrictivamente y admitida sólo por excepción cuando razones verdaderamente trascendentes la justifiquen; pero no parece en cambio lógico sostener que, admitida en un caso concreto la reserva, pueda igualmente el interesado conocer las piezas reservadas: ello significa de hecho levantar la reserva impuesta. Por lo demás, parece de difícil realización práctica el establecimiento de recaudos como los que se proponen, como también el control y la eventual aplicación de sanciones¹⁶¹ ante una difusión no autorizada, que no siempre podría rastrearse hasta el mismo interesado.¹⁶² Si bien debe ejercitarse extrema prudencia para admitir la reserva de las actuaciones, ella ha de tener por efecto su ocultamiento al interesado. De todas maneras, sea que se trate de un acto definitivo o interlocutorio, como tal es siempre impugnabile y debe por ende ser notificado a la parte.¹⁶³

17. *¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?*

“En caso extremo de que ello (el conocimiento de las piezas secretas) no se crea posible, lo correcto sería que la administración no tuviera en cuenta esas piezas

¹⁵⁹ MONTI, LAURA, “El acceso a las actuaciones administrativas. La vista en el procedimiento administrativo,” en TAWIL, *op. cit.*, pp. 274-275.

¹⁶⁰ ESCOLA, *op. cit.*, p. 310.

¹⁶¹ Cuyo fundamento legal por otra parte no existe.

¹⁶² Es decir, divulgado el hecho reservado, no siempre sería posible probar que efectivamente ha sido el particular quien lo ha dado a conocer.

¹⁶³ En este sentido ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 86.

secretas, no exhibidas, para fundar en ellas de manera directa, la resolución del recurso.”¹⁶⁴ Efectivamente esto ha de ser así, con fundamento en el principio de la razonabilidad de los actos administrativos, el cual impide —como ya vimos— que estos se funden en hechos o pruebas inexistentes. Conforme lo señaló la Corte Suprema de los Estados Unidos: “nada puede ser considerado como prueba si no es introducido como tal;”¹⁶⁵ por ello, no puede la administración invocar como fundamento de su decisión “pruebas” que no pone en conocimiento de las partes afectadas y cuya existencia, en definitiva, no le consta a los administrados ni a la justicia. Una decisión fundada en piezas “reservadas,” pues, es una decisión fundada en hechos o pruebas inexistentes jurídicamente y, por ende, debe reputarse arbitraria si no aparece sustentada fácticamente de otro modo: es indispensable que exista una razón de hecho que justifique ese acto, pues de lo contrario se estaría ante el mero capricho de un funcionario. Admitir una solución contraria, a más de violar la garantía constitucional de razonabilidad, dejaría abierta una fácil vía a la administración que con la mera invocación de supuestas pruebas que sólo ella “conoce” pero que no divulga, podría a su arbitrio tener por “fundadas” todas y cuantas decisiones quisiera, sin posible revisión administrativa o judicial. Semejante conclusión, repugnante a todo sentido de justicia, es totalmente inadmisiblesalvo en supuestos verdaderamente aberrantes como los que relata la historia reciente, ajena y propia.¹⁶⁶ En igual criterio la Corte Suprema de los Estados Unidos tiene decidido que los actos administrativos basados en “informes confidenciales” son inválidos, al no darse oportunidad de confrontar y repreguntar a los testigos de cargo,¹⁶⁷ expresando que cuando “la razonabilidad de la acción depende de circunstancias de hecho, la prueba usada debe ser expuesta al individuo para que tenga oportunidad de mostrar que no es verdadera. Mientras que esto es importante en el caso de prueba documental, es aun más importante cuando la prueba consiste en el testimonio de individuos cuya memoria puede ser defectuosa o que, de hecho, pueden ser perjuros o personas motivadas por malicia, venganza, intolerancia, prejuicio o envidia. Hemos formalizado estas protecciones en los requerimientos de confrontación y repregunta.”¹⁶⁸

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en nuestro país, también ha rechazado categóricamente ese tipo de “prueba” en el caso *Argüello*.¹⁶⁹ “esa decisión administrativa aparece como gravemente ilegítima al estar fundada en meras afirmaciones contenidas en dos informes que no revisten las condiciones necesas-

¹⁶⁴ ESCOLA, *op. ult. cit.*, pp. 310-1; SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECABARREN, *op. cit.*, p. 200.

¹⁶⁵ Citado por GELLHORN, *Federal Administrative Proceedings, op. cit.*, p. 86. Se trata del caso *Abilene and Southern Railway*, 1924. Ver también WADE, *Towards Administrative Justice, op. cit.*, pp. 118-26. Para la evolución posterior, especialmente los cuatro casos *Morgan*, ver SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law, op. cit.*, pp. 369-94; 1991, 3ª ed., p. 420 y ss.

¹⁶⁶ Ver *infra*, notas 174, 179 y texto.

¹⁶⁷ JAFFE, LOUIS y NATHANSON, NATHANIEL L., *Administrative Law*, Boston, 1961, p. 578.

¹⁶⁸ *Greene v. Mc. Elroy*, 360 U. S. 474 (1959), citado por JAFFE y NATHANSON, *op. cit.*, p. 578.

¹⁶⁹ *Fallos*, 268: 393, año 1967.

rias para servir de base a medida de tanta gravedad;¹⁷⁰ “Para contrarrestar la prueba favorable que surge de los hechos del interesado durante su residencia no bastan las presunciones emanadas de los datos poco concretos que mencionan los dos informes en que se funda la negativa, *si esos datos no aparecen confirmados por prueba cierta* y están en cambio desvirtuados por otra posterior y por las presunciones favorables al recurrente que resultan de aquellos hechos concretos de su vida.”¹⁷¹ Los informes de los organismos de seguridad, que pueden leerse en el considerando segundo del fallo *Argüello*, característicamente lacónicos y derivados de fuentes que no se expresan, tampoco fueron dados a conocer al afectado: como dice también la Corte, “Es de señalar que de ese informe no se dio vista al interesado en las actuaciones administrativas; que sólo lo conoció en la instancia judicial y que la primera oportunidad que tuvo para refutarlo fue al presentar su memorial.”¹⁷² La justificación de este criterio es bien clara, ya que justamente es típico de los informes confidenciales que ellos sean elaborados sobre base de dichos de otras personas, antes que basados en el conocimiento directo del informante, con lo cual la prueba pierde totalmente su carácter de tal.¹⁷³ La experiencia de otros países es significativa en este sentido, p. ej. el caso *Knauff*¹⁷⁴ en los Estados Unidos. La administración había denegado a una persona entrada al país, sobre el pretendido “fundamento” de información confidencial y el acto es invalidado por la Corte; se reabre el procedimiento administrativo y al controlarse y repreguntarse a los testigos informantes se advierte la superficialidad de sus dichos, la falta de conocimiento directo, etc., con lo cual la *propia administración* resuelve admitir la entrada. Es lo mismo que se resuelve correctamente entre nosotros en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re Argüello*.¹⁷⁵ Claro está que en el último gobierno militar hubo testigos y procedimientos secretos, ejecuciones sin forma alguna de juicio, etc., cuyas funestas consecuencias todavía se hacen sentir. Pero en el proceso penal actual se ha retomado el principio correcto.¹⁷⁶

¹⁷⁰ P. 405, *in fine*.

¹⁷¹ P. 405, la bastardilla es nuestra.

¹⁷² P. 403.

¹⁷³ Según es uniformemente aceptado, es inválida la declaración testimonial hecha sobre la base de cosas oídas decir, pero no presenciadas, o sea, el *hearsay*.

¹⁷⁴ Ver JAFFE y NATHANSON, *op. cit.*, pp. 484-5. El derecho actual es más terminante, como surge de los principios de la FOIA, *Freedom of Information Act* o Ley de Libertad de Información, 5 U.S.C. § 552 (1988), que establece que cualquier persona tiene derecho a acceder a los expedientes de las agencias federales, salvo cuando tales expedientes estén protegidos en todo o en parte por alguna de las nueve excepciones de las tres exclusiones que esa ley establece. Es la tendencia global contemporánea. En nuestro medio cabe recordar la ley n° 104 de la Ciudad de Buenos Aires, de acceso a la información; también Chubut y Río Negro. Ver también CAPUTI, *op. cit.*, pp. 124-6. También se progresa con el hábeas data constitucional. Ver *supra*, t. 2, cap. III, § 6.5, “El caso de los bancos de datos y la privacidad.”

¹⁷⁵ *Fallos*, 268: 393, año 1967.

¹⁷⁶ CORVALÁN, VÍCTOR R., “El informante anónimo: «colaborador policial» pero ineficaz como prueba de cargo. Un caso que nunca debió llegar a juicio y que muestra el fracaso de la persecución penal,” *LL*, 2000-A, 258.

Es ejemplar el caso *Knauff*, ya citado. Si se hubiera admitido la validez de la prueba de informes confidenciales, se habría tolerado un acto que carecía de fundamentación fáctica razonable.¹⁷⁷ No es lo mismo que una persona pueda anónimamente¹⁷⁸ efectuar cargos, sin responsabilidad alguna, a que deba efectuarlos públicamente. Constituye una violación del Estado de Derecho invocar como prueba de cargo declaraciones prestadas por un “agente secreto” cubierto oficialmente por una declaración de “secreto de Estado.”¹⁷⁹ Para algunos, querer introducir como “prueba” declaraciones “secretas” se compara desfavorablemente con los procedimientos utilizados por la S.S. del Tercer Reich.¹⁸⁰ Si se piensa bien, viene a ser típico de todos los estados policiales el institucionalizar la delación, la condena sin prueba y —lo que es lo mismo— la “prueba” secreta. Todas estas consideraciones, más las derivadas de nuestra jurisprudencia sobre arbitrariedad de los actos administrativos, nos inclinan más allá de toda duda por la solución indicada. La administración podrá en ciertos casos declarar reservadas o secretas partes de las actuaciones, pero con la consecuencia inevitable de no poder utilizar dichas piezas del expediente como fundamento directo o indirecto de sus decisiones.¹⁸¹ Tal el caso de lo que puede suceder, por ejemplo, cuando, en el marco de la ley de lavado de activos de origen delictivo 25.246, modificada por las leyes 26.087, 26.119 y 26.268,¹⁸² reglamentada por el decreto 169/01, se inicia una investigación preliminar de carácter secreto contra un administrado, por presunta comisión de actividades inusuales y mientras se lo está investigando y debido a esta causa indirecta, se le deniegan las posibles peticiones que eventualmente se encuentren en trámite mediante expedientes administrativos iniciados ante el mismo órgano administrativo que propició la referida investigación, la que huelga reiterar, corre por piezas de carácter reservado.¹⁸³ Y si las utilizare

¹⁷⁷ *Shaughnessy – US ex re Knauff*, 338 U.S. 537 (1950), citado por SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law. A Casebook*, Boston, Little, Brown & Co., 1994, 4ª ed, p. 411.

¹⁷⁸ Ver *supra*, t. 2, cap. I, “La prueba de los derechos,” nota 64; CORVALÁN, “El informante...,” *op. loc. cit.*

¹⁷⁹ MEILICKE, JEINZ, “Der vom Staatsgeheimnis verhüllte V-Mann-Belastungszeuge?,” en *Neue Juristische Wochenschrift*, 10: 425, Munich-Berlín-Frankfurt a. M., 1963.

¹⁸⁰ MEILLCKE, *op. cit.*, p. 426, quien cita y compara algunos fallos del Tribunal de Guerra del Reich en los que se recurrió a este tipo de prueba. Es posible que la comparación sea exagerada por implicancia, pero debe servir para llamar la atención acerca del hecho de que no puede un Estado liberal asimilarse siquiera sea en parte a los procedimientos que han caracterizado a los Estados totalitarios. La misma observación procede para los Estados así llamados socialistas: denominador común de estos sistemas autoritarios sea de izquierda o de derecha, ha sido el empleo de medios como los que aquí se condenan y no puede desaprensivamente recurrirse a sus mismos métodos si no se quiere caer en su misma valoración.

¹⁸¹ Conf. LEONARDO TOIA y JOSEFINA PAZOS, “El Ente Único y los límites a su potestad sancionatoria,” www.adaciudad.org.ar.

¹⁸² Esta profusa actividad legislativa con tan poca diferencia temoral sugiere que el país ha estado intentando, no demasiado eficazmente, atenerse a las normas y principios internacionales sobre la materia, como lo explicamos *supra*, tomo 2, cap. XXII: “Hacia un orden jurídico mundial.”

¹⁸³ Ampliar en ROBLEDO, DANIEL, “La ley de lavado de dinero y la «entronización» del secreto de las actuaciones,” *RPA*, 2006-2.

de tal manera, esas piezas deberán estar disponibles para que un juez del Poder Judicial las examine y resuelva sobre su admisibilidad.¹⁸⁴ Pero resulta necesario repensar la estructura administrativa para hacerla más apta, por su propia organización, para manejar tales intrincados problemas. La solución más avanzada en este sentido es la creación de tribunales administrativos independientes e imparciales, sujetos a control judicial pleno, que emitan el primer y único acto administrativo, dejando ya expedita la revisión judicial suficiente y adecuada.¹⁸⁵

18. *La irregularidad en las vistas como causal de nulidad*

Es difícil determinar *a priori* el alcance que ha de tener la negativa, omisión o irregularidad en el otorgamiento de las vistas (o “reservas” declaradas por órgano incompetente, o sin las formas exigidas por el texto, o dispuestas en forma genérica, etc.) sobre la validez de las actuaciones de que se trate y de los actos dictados en ellas. Por lo pronto, una total omisión de vista, en el sentido de no haber permitido al interesado tener acceso a las actuaciones, es sin duda causal de nulidad¹⁸⁶ insanable y así corresponderá declararlo.¹⁸⁷ En efecto, debe recordarse que la vista es el requisito previo e ineludible para que el interesado pueda hacer oír sus razones o producir la prueba que hace a su derecho. Si no conoce concretamente las actuaciones en las cuales se le hacen imputaciones y cargos, es totalmente imposible que pueda hacer alegato alguno en su defensa, o producir pruebas que realmente sustenten su posición. Sin la vista de las actuaciones, toda otra defensa que se le otorgue no será sino permitirle dar golpes de ciego, sin saber a qué ataca, ni si realmente lo está atacando o no.¹⁸⁸

¹⁸⁴ En EE.UU. la ley de acceso a la información permite que el juez examine *in camera* las piezas reservadas, a los fines de resolver si deben seguir en ese estado: SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law Casebook*, 3ª ed., Boston, Little, Brown & Co., 1988, pp. 221-2.

¹⁸⁵ Ver nuestro art. “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726.

¹⁸⁶ PTN, *Dictámenes*, 198: 11; 220: 89.

¹⁸⁷ PTN, *Dictámenes*, 221: 124. Comp. la calificación en *Dictámenes*, 213: 248, donde se afirma que la nulidad resultante será absoluta.

¹⁸⁸ En igual sentido ESCOLA, *op. cit.*, pp. 308-9; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, 2ª ed., p. 87; *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 701, sostiene que el trámite ha sido caracterizado por la jurisprudencia como “sustancial” (Ss. del 18/1, 20/5 y 11/7/1947), “fundamental” (Ss. del 12/2 y 20/3/1952), “esencialísimo” (S. del 20/5/1935) y “sagrado” (S. del 15/6/1934.) En sentido similar expresan SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECABARREN, *op. cit.*, p. 195, que esto ya lo dice “el sentido común, desde que cualquier mortal sabe que para defenderse de algo es elemental que primero sepa de qué se va a defender y ello le indicará al mismo tiempo los medios a utilizar en su defensa; es una inmutable y universal enseñanza del derecho natural.” Un caso paradigmático en la materia se dio ante la negativa de la administración a facilitar el acceso a las actuaciones al representante de los usuarios designado para integrar la comisión de renegociación de los contratos de servicios públicos: JNFed. CA. N° 8, *Caplan, Ariel R. c. Ministerio de Economía*, 16-V-03, con nota de RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA y ZAYAT, VALERIA E., “El derecho de la información: herramienta imprescindible para una efectiva participación de los usuarios,” en *LL*, 2003-F, 304-11; la medida cautelar fue anotada por VITTADINI ANDRÉS, SUSANA N., “La operatividad de las medidas autosatisfactivas para cumplimentar el decr. 293/2002 y la res. 58/2002 del Ministerio de Economía,” en *RDA*, 42: 911-6. Ver también MORTIER, *op. loc. cit.*

Una notificación defectuosa es inválida;¹⁸⁹ también lo es, en un Estado de Derecho contemporáneo, la notificación que no acompaña copia completa de las actuaciones.¹⁹⁰ No habiendo conocimiento de las actuaciones, pues, puede concluirse que no ha habido defensa alguna sustancial, por más que el interesado haya tenido oportunidades procesales de otro tipo para “defenderse;” la solución, en tales casos, es sin duda alguna la declaración de la nulidad de todas las actuaciones. Distinto es, en cambio, el caso en que ha habido algún tipo de conocimiento y de participación del interesado en el procedimiento, pues entonces se tratará de establecer si ha habido realmente una “efectiva participación útil,” en el sentido de la Corte Suprema, o tan sólo una “formalidad de citación y vista.” La administración, antes de proceder a declarar una nulidad por omisión o insuficiencia de vista, generalmente indaga especialmente acerca del “real perjuicio que el no otorgamiento de la nueva «vista»”¹⁹¹ haya podido causar, es decir, de la manera en que la deficiencia en el acceso a las actuaciones ha influido en la defensa del interesado, a fin de evitar lo que parece ser su principal preocupación: no dictar una nulidad “por la nulidad misma y no en el legítimo interés de la parte.”¹⁹² Toda vez que el interesado haya visto dificultado su acceso a las actuaciones y no haya podido corregir este vicio oportunamente, deberá mostrar, en ocasión de hacer valer su indefensión, en qué consiste concretamente el perjuicio procesal que la omisión le ha causado: qué pruebas no pudo aportar, qué argumentos o diligencias procesales no hizo por no conocer en su totalidad las piezas del expediente, qué actos probatorios de la administración no pudo controlar debidamente, qué deficiencias pudieron producirse por su falta de intervención, etc. No se trata de que estos requisitos deban ser exigidos jurídicamente, sino de que su cumplimiento evitará una posibilidad de que se desoiga su reclamo por una supuesta falta de agravio “real” a su defensa.

¹⁸⁹ Ver FARRANDO (H.), ISMAEL, “La notificación administrativa irregular,” *Revista del Foro de Cuyo*, t. 2, pp. 33-47, Mendoza, Diké, 1991.

¹⁹⁰ Es usual que se intente demostrar la notificación acompañando comprobante de envío de carta certificada; mas ello no acredita haber notificado el *contenido* del acto, como exige la norma. Ampliar en el aleccionador precedente CNFed. CA, Sala IV, *Club Atlético Newell's Old Boys (TF 16.141-I) c/ DGI*, 16-III-06, publicado en *ED*, 16-VI-06, así como en SACRISTÁN, ESTELA B., “En torno a las notificaciones de art. 100, inc. a, de la Ley 11.683,” *Periódico Económico Tributario*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 262-6.

¹⁹¹ PTN, *Dictámenes*, 90: 196.

¹⁹² *Op. loc. cit.*

Capítulo V

NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN¹

1. *Acto general o particular, productor de efectos jurídicos inmediatos*

Hemos señalado ya que mientras que en las reclamaciones y denuncias se pueden impugnar tanto actos como hechos administrativos, los recursos están limitados a la impugnación de actos. Desde luego, esto es una mera convención semántica, susceptible de modificación. Condición necesaria, pues, para la procedencia de un recurso, es la existencia de un *acto productor de efectos jurídicos inmediatos*, sean estos generales —reglamento— o individuales, o sea acto administrativo en sentido restringido, siempre y cuando este acto administrativo no tenga como

¹ Ampliar *infra*, cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento.” Ver también HUTCHINSON, TOMÁS, “Las notificaciones administrativas en el orden nacional,” *LL*, 1987-E, 1062; “Las notificaciones en el procedimiento administrativo,” en AA.VV., *Procedimiento administrativo*, La Plata, AADA, 1971; MERTEHIKIAN, EDUARDO, “Validez y eficacia del acto administrativo,” nota a *Frávega*, *RAP*, 210: 165; SEVILLE SALAS, VIVIANA, “Las notificaciones en el procedimiento administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, pp. 342-50; GAMBIER, BELTRÁN, “Las notificaciones en el procedimiento administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, *op. cit.*, pp. 321-6; HALPERÍN, DAVID ANDRÉS y GAMBIER, BELTRÁN, *La notificación en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989; BEZZI, ANA MARÍA, “Las notificaciones administrativas [...]”, *ED*, 138: 649-63; TAWIL, GUIDO, “La resolución general CNV y las notificaciones por fax en el procedimiento administrativo argentino,” *RDA*, 15/16: 281; HALPERÍN, DAVID ANDRÉS, “La publicidad de los actos estatales: notificación y publicación,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, pp. 281 y ss.; BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 57 y ss. y 647 y ss.; OROZ, MIGUEL H., “Nulidad de la notificación en el procedimiento administrativo,” en *JA*, 2002-II, 710; STORTONI, GABRIELA, “Sobre la viabilidad de utilizar técnicas telemáticas para la notificación de actos administrativos,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento Administrativo*, *op. cit.*, pp. 327-41; PAWLOWSKI DE POSE, AMANDA L., “Sobre la validez de las notificaciones administrativas previsionales,” en *DT*, 1999-B, 1632-3; ALDAZABAL, BENITO J., “Notificación «ficta» y corruptela en el procedimiento tributario, administrativo y judicial. Una situación preocupante,” en *DJ*, 2000-2, 589-92; CAPARRÓS, MARIELA DEL C., “Sistematización del procedimiento de notificación de concentraciones económicas establecido por la Ley N° 25.156,” en *RAP*, 278: 135-40, Buenos Aires, 2001; VICENTI, ROGELIO W., “Las notificaciones en el procedimiento administrativo,” en HUTCHINSON (dir.), *Elementos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 496-9; FARRÉS, PABLO, “Deficiencias graves en el domicilio fiscal electrónico del procedimiento de notificación en la ley 11.683, modificada por la ley 26.044. La resolución general AFIP 1995/2006,” en *JA*, 2006-I, 932-5; entre otros.

objeto rechazar un reclamo, lo cual deja abierta la vía judicial.² Ello es así ya que hay una prohibición normativa expresa y, por lo tanto, este tipo de acto administrativo no es recurrible a tenor del segundo párrafo del art. 31, DL 19549/72, el cual dice: *La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa*. Lo importante es que el acto sea de suyo apto para producir efectos jurídicos inmediatos; que los efectos jurídicos surjan del acto mismo de que se trata, en forma directa.³ De allí que los dictámenes de los organismos técnicos o jurídicos y en general todos los actos preparatorios de decisiones administrativas, no puedan ser normalmente⁴ atacados mediante recursos administrativos; aunque la demora en su producción puede instarse judicialmente por el amparo por mora de la administración. Sin perjuicio de ello, existen diversos supuestos en los cuales un acto en principio preparatorio de otro, pero no verdaderamente “consultivo,” puede ser objeto de impugnación tanto administrativa como judicial: tal es el caso de los pliegos de licitaciones públicas que contienen cláusulas discriminatorias.⁵ Ello no impide que el particular presente escritos rebatiendo argumentos y haciendo o ampliando su defensa; pero tales escritos no constituyen sino un acto más de procedimiento a ser resuelto por otras vías: el recurso *stricto sensu* deberá ser presentado una vez que el acto productor de efectos jurídicos inmediatos sea dictado. Ahora bien, dado que ningún acto produce sus efectos jurídicos en forma inmediata mientras no ha sido dado a publicidad, mediante publicación o notificación según corresponda, ésta constituye un aspecto fundamental a considerar respecto del procedimiento de impugnación. A ella nos referimos a continuación.

2. La publicidad del acto como presupuesto del recurso

Dado que el acto sólo produce sus efectos jurídicos una vez que ha sido dado a publicidad, ésta se transforma también en presupuesto lógico del recurso.⁶ La publicidad tiene diferentes reglas según se refiera a actos reglamentarios o individuales; en el primer caso recibe el nombre de “publicación” y en el segundo de

² Ver decreto-ley 19.549/72, art. 31, 2º párrafo.

³ *Supra* t. 3, cap. II, § 2, “Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico” y las referencias de la nota 21 en dicho cap.; *infra*, nota 141. CNFed. CA, *Von der Becke*, 16-IX-93: “El objetivo, el fin, la integración del acto se logra, se concreta y se produce desde el momento en que el interesado a quien va dirigido el acto administrativo toma conocimiento, que es el fin de la notificación.”

⁴ Una de las excepciones la explicamos *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XII, “La licitación pública,” § 3.1.4, “Impugnación de los pliegos.” MAIRAL, HÉCTOR, *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, § 179, pp. 282-3.

⁵ “Los actos preparatorios de decisiones posteriores no causan perjuicio directo al administrador, el que, por lo tanto, carece de un interés directo de impugnación actual, requisito éste que es previo a todo recurso” (PTN, *Dictámenes*, 64: 100; 71: 151; 214: 183); en igual sentido HALPERÍN y GAMBIER, *op. cit.*, pp. 19-20.

⁶ Dice así la Procuración del Tesoro de la Nación que “el acto que no ha sido notificado regularmente no produce efectos jurídicos; carece de ejecutividad y no está sujeto a los términos para recurrirlo, pudiendo ser revocado en cualquier momento,” *Dictámenes*, 212: 414.

“notificación.” De allí la inadecuación de la sola expresión “comuníquese,” que no aclara la cuestión de si debe procederse a la notificación o a la publicación.⁷ Adelantamos que a nuestro juicio los términos para la interposición de los recursos administrativos corren solamente para los actos de tipo particular o concreto, no así para los actos reglamentarios, de carácter general, que pueden ser impugnados sin dicha limitación temporal.⁸ El fundamento de esta solución es que no puede reputarse “consentido” por el transcurso de un determinado lapso un acto que no afecta en forma inmediata y directa a persona determinada. Su índole es general y usualmente permanente, en el sentido de que su cumplimiento no se agota en una sola vez sino que es también de aplicación futura.⁹ Puede así resultar que una persona que no estaba alcanzada por sus disposiciones en el momento de su emisión o publicación, sí resulta afectada luego, al variar su propia situación de hecho. Resulta entonces encuadrada en la norma general, con ulterioridad a su publicación. En tales casos no puede denegarse la posibilidad de impugnación, ni pedirse que dicha impugnación se haga en ocasión de los actos concretos de aplicación, pues esto último implicaría que el acto general en sí mismo no se puede impugnar directamente, solución que no es congruente con la posibilidad contraria existente en el procedimiento administrativo como regla.¹⁰ Estos principios son de aplicación siempre que no existan normas expresas que otorguen un término también para impugnar los actos reglamentarios: en tal caso la solución aplicable será la de que vencido el término pertinente, la impugnación del reglamento solamente podrá hacerse cuando sea aplicado a través de un acto particular.¹¹ El decreto-ley 19.549/72 no excluye la impugnación judicial directa de un acto de alcance general, pero contempla de todos modos tanto el supuesto de un acto

⁷ Ver art. 4.2.26 del decr. 333/85: “Si el proyecto de decreto fuere de carácter público, el último artículo establecerá: «Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.»”

⁸ El art. 83 y concordantes del reglamento no aclaran expresamente esta cuestión, pero a nuestro juicio admiten la solución expuesta. Dice el art. 83: “Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados.”

⁹ Sobre esto ver el t. 3, cap. IV, “Actos, reglamentos y contratos administrativos,” § 7, “La distinción entre el reglamento y el acto administrativo general.”

¹⁰ Ampliar *supra*, t. 3, cap. IV, § 5.12.1, “Casos de impugnación.”

¹¹ Como prevé el art. 24 del decreto-ley 19.549/72 para la impugnación judicial. Al respecto ampliar en HUTCHINSON, “La impugnación judicial de los reglamentos,” en *RADA*, 9: 31; GRECCO, CARLOS MANUEL, *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988; CASSAGNE, JUAN CARLOS “Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general,” *ED*, 131: 911; GÜIDI, GRACIELA, “Impugnación de reglamentos,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 124 y ss.; GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “La impugnación de actos administrativos de alcance general,” en *ED*, 148: 853-64; FANELLI EVANS, MARÍA AGUSTINA, “La impugnación de los actos de alcance general de sustancia legislativa,” en *RDA*, Buenos Aires, 2002, pp. 235-6; y las referencias del t. 3, cap. IV, nota 33, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad.”

de aplicación,¹² como el del reclamo “impropio” en el cual el particular reclama administrativamente contra el acto general y le resuelven en forma adversa a su petición o se produce el silencio por denegación tácita, en el caso del inc. a).¹³

3. Publicación

La publicación es la especie de publicidad aplicable a los reglamentos, e implica divulgarlos en forma apta para su conocimiento por el público;¹⁴ puede efectuarse mediante la inserción en un boletín oficial¹⁵ o su colocación en lugar visible y accesible al público que, en épocas de gobierno electrónico, bien puede ser *Internet*. La regla abarca la fijación de carteles, murales, tabloneros de anuncios, etc. y también bandos,¹⁶ impresión y reparto o circulación,¹⁷ etc. En el derecho argentino, tanto las leyes como los decretos, disposiciones o resoluciones generales y muchos de los particulares se publican en el *Boletín Oficial*. Sin embargo, han llegado a proliferar los boletines de las diversas reparticiones, con la consecuencia de que el ordenamiento positivo de la administración pública nacional no se encuentra íntegramente en el *Boletín Oficial*.¹⁸ Esto es particularmente criticable, máxime

¹² Art. 24, inc. b).

¹³ Ello, incluso, mediante un recurso directo ante la Cámara; CNFed. CA, Sala III, *Distribuidora de Gas del Centro S.A.*, 30-X-03, *RDA*, N° 51: con nota de BUDASSI, IVÁN, “Hacia una participación amplia y útil en el dictado de reglamentos,” pp. 105-10.

¹⁴ *Supra*, t. 3, cap. X, “Formalidades,” § 10, “Formas de publicidad;” CSJN, *Fallos*, 251: 404, *S.R.L. Signo Publicaciones*, año 1961; *Lorenzo Amaya*, 252: 19, año 1962; DE LAUBADÈRE, ANDRÉ; VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, *Droit administratif général*, París, L.G.D.J., 1999, 15ª ed., § 953, p. 740; ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, 1958, p. 69; REAL, “Recursos administrativos,” en *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, 3: 1/4: 28, año 1962.

¹⁵ El RN, art. 103, exige la “publicación oficial” de las disposiciones reglamentarias, aunque sin aclarar allí cuáles son los medios de publicación admisibles. La PTN, *Dictámenes*, 145: 23, ha aclarado que ello no significa “publicación en el Boletín Oficial” de la Nación, pudiendo en consecuencia efectuarse en el propio boletín de la repartición; desde luego, cabrá en los casos ocurrentes valorar la verdadera publicidad, seriedad y posibilidad real de que los particulares lo consulten, para tener por suficientemente publicado el reglamento. Ver COMADIRA, JULIO RODOLFO y MONTI, LAURA (colaboradora), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario al art. 11, § 1, p. 225, nota 819: “entre los directamente afectados por una medida administrativa, como sucede con los boletines internos de las Fuerzas Armadas [...] corresponde asignar a aquélla [publicidad] la misma virtualidad que si hubiera sido efectuado en el B.O.”

¹⁶ Ver SERRANO GUIRADO, ENRIQUE, voz “Bandos,” separata de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Seix, 1959, t. III, pp. 275-85.

¹⁷ BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, “La publicación de disposiciones generales,” *Revista de Administración Pública*, 31: 57, 80, Madrid.

¹⁸ “La publicación oficial cuya obligatoriedad se impone en las disposiciones de la ley 19.549 y su decreto reglamentario no es otra que la publicación en el Boletín Oficial conforme las previsiones contenidas en el decreto 659/47. Por ello, la publicación en el boletín informativo ministerial no posee el alcance de una publicación general que permita presumir el conocimiento de los actos por todos los habitantes del país:” CNFed. CA, Sala IV, *Marítima Heinlein SDA.*, 27-VIII-98. El mencionado decreto 659/47 establece que la inserción de los actos del Poder Ejecutivo en el Boletín Oficial, se realizará inmediatamente que sean expedidos (art. 13). Sin embargo, la misma norma establece que la edición del Boletín Oficial es diaria y abarca solamente los días laborables establecidos para la Administración Pública Nacional (arts. 3º, incs. a) y b) y 5º).

cuando este último dedica numerosas páginas a asuntos de mucha menor trascendencia para el público en general (estatutos de sociedades anónimas y otras, edictos judiciales, avisos de remates judiciales, avisos de licitaciones, concursos, etc.) y omite con ello lo fundamental que es el régimen jurídico existente. Ya que las reformas reglamentarias son tan frecuentes y numerosas, es indispensable que su publicación sea efectivamente centralizada a fin de proporcionar al público una fuente ordenada y sistemática de normas. Si a ello se agregan dificultades que se han producido en el pasado con motivo de la publicación tardía de algunas leyes o decretos-leyes,¹⁹ bien se advierte la necesidad de introducir una reforma al *Boletín Oficial*, haciéndolo titular necesario de la publicación de toda norma general emanada de cualquier órgano de la administración nacional centralizada o descentralizada. El costo de esta unificación de publicación seguramente ha de ser menor que el costo que paga el público por desconocimiento de las normas administrativas y el costo de los numerosos boletines, circulares, etc., con los cuales cada repartición duplica la tarea indicada. Pero eso no es todo. Mucho más trascendentes son los actos internacionales emitidos por los órganos de integración previstos en el art. 75 inc. 24 de la Constitución nacional. Algunos de ellos se reproducen y publican como normas internas, *v. gr.* las modificaciones al Código Alimentario Argentino. Pero falta una unificación de la publicidad de tales normas. Por lo demás, no es admisible la publicación exclusiva por medio de periódicos privados,²⁰ salvo casos de emergencia. En esta hipótesis, con todo, también puede admitirse excepcionalmente la publicación radial o televisiva. Desde luego, es válida la publicación adicional a la oficial en el *B.O.*, hecha en periódicos privados. No es admisible, a nuestro juicio, la publicación en un boletín interno de la repartición, si el acto está destinado a terceros.²¹

4. La publicación debe reproducir íntegramente el acto

Es exigencia de todo sistema republicano de gobierno (art. 1º, Const. nac.) que la publicación deba reproducir íntegramente el acto de que se trate; son inválidas las publicaciones que contengan meramente un extracto o una versión informal del acto.²² En la práctica administrativa argentina generalmente se cumplía correctamente con este principio, en materia de disposiciones reglamentarias. El *B.O.*, por ejemplo, siempre las publicaba en su texto completo. Pero sigue avanzando la costumbre de no incluir los anexos, lo cual es particularmente grave cuando

¹⁹ Ver "La promulgación y publicación de las leyes," en *Derecho del Trabajo*, 10: 592, año 1969.

²⁰ El art. 103 del reglamento habla de publicación *oficial*. Conf. GABOLDE, CHRISTIAN, *Traité pratique de la procédure contentieuse administrative*, París, Dalloz, 1960, p. 96. La Corte de Justicia europea considera insuficientes las publicaciones oficiales de excesiva complejidad: *Geoffre de la Pradelle c. France*, 1993, citado por DEBBASCH, CHARLES y RICCI, JEAN-CLAUDE, *Contentieux administratif*, París, Dalloz, 1994, 6ª ed., p. 292.

²¹ GABOLDE, *op. cit.*, p. 97.

²² GABOLDE, *op. cit.*, p. 95. Compárese con lo dispuesto por la ley española.

se trata de concesiones, licencias, sus modificaciones, etc.²³ Hoy los anexos de los actos publicados en el *Boletín Oficial* aparecen gratuitamente en la respectiva página *web*, pero siguen sin aparecer íntegramente en la edición gráfica. Además, gratuitamente aparecen sólo los anexos correspondientes al “diario del día,”²⁴ según se explica en dicha página *web*. Dado el carácter general de la norma, se la puede impugnar en cualquier momento después de la publicación.

5. Notificación²⁵

En los actos administrativos en sentido estricto, la forma de publicidad aplicable es la notificación,²⁶ que importa un conocimiento *cierto* del acto por el destinatario,²⁷ a diferencia de la publicación que supone un conocimiento *ficto* por los eventuales afectados. La notificación²⁸ debe transcribir íntegramente el acto,²⁹ incluyendo parte resolutive y motivación³⁰ y la enunciación completa y fiel de los medios de impugnación. Cabe a su vez distinguir la notificación de actos administrativos en general y la de aquellos que cierran la vía administrativa y dejan abierta la judicial. En el segundo caso, la notificación debe indicar que está corriendo el plazo perentorio de 90 días para acudir a la justicia.³¹

No tiene sentido hacer una enumeración de los actos administrativos que deben notificarse, pues la regla es simple: deben notificarse *todos* los actos que

²³ V. gr., B.O. del 14-VI-00.

²⁴ Todo ello, a juego con los arts. 6º y 7º del decreto 1172/03.

²⁵ Ver *supra*, t. 3, cap. X, “Formalidades.” Ver en MERTEHIKIAN, *op. loc. cit.*; GAMBIER, “Las notificaciones en el procedimiento administrativo,” UNIV. AUSTRAL, *Procedimiento...*, *op. cit.*, p. 321 y ss.; STORTONI, “Sobre la viabilidad...,” *op. cit.*, p. 327 y ss.; SEVILLE SALAS, *op. cit.*, p. 342 y ss.

²⁶ HALPERÍN y GAMBIER, *op. cit.*, p. 19 y ss: “necesariamente deben ser notificados [...] y todo acto [...] que quiera en el futuro serle oponible al particular.” DIEZ SÁNCHEZ, JUAN JOSÉ, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas, 1992, p. 223 y nota 116: “la notificación personal y directa de *cualquier* acto a los interesados, cuando la Administración conozca o esté en condiciones de conocer a las personas afectadas.”

²⁷ La notificación constituye un efectivo y cierto conocimiento del acto, como señala la jurisprudencia española: DIEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 223, nota 115.

²⁸ Señalan ABERASTURY, PEDRO (H.) y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 115, que siendo la notificación un acto, también puede desarrollarse la vía impugnatoria contra una notificación defectuosa.

²⁹ PTN, *Dictámenes*, 201: 144; HALPERÍN y GAMBIER, *op. cit.*, p. 35; CASSAGNE, *op. cit.*, p. 145, entre otros, postulan el criterio de la doctrina y jurisprudencia que nosotros expusiéramos. Ver también GORDILLO (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, 2003, p. 426, nota 137; GORDILLO y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed., p. 422, nota 1086.

³⁰ RN, 43; CABA, 63; Prov. de Buenos Aires, 62; Córdoba, 54; La Pampa, 49 del reglamento; Salta, 148; en Santa Fe el art. 22 del decreto 10.204/58 sólo dispone la transcripción de la parte resolutive del acto, lo que por supuesto es inconstitucional: la defensa del administrado requiere su conocimiento integral del acto. Ver FERULO, GUSTAVO C. y GRAU, CÉSAR A., *Procedimiento y Recursos administrativos en la Provincia de Santa Fe*, Rosario, Fas, 1997, pp. 73-5. Si la motivación se encuentra en dictámenes o informes que el acto invoca, debe acompañarse copia íntegra de ellos: ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 120.

³¹ Art. 40, 1º párr. del reglamento nacional.

estén destinados a producir efectos respecto de una persona física o jurídica.³² El reglamento establece, en el medio de una aparente enunciación puntual, una fórmula completamente general, que parece correcta. Deben ser notificados, en esa norma, todos los actos que “en alguna medida afecten derechos subjetivos o intereses legítimos.”³³ Todo agregado es repetitivo y ocioso.

El plazo se cuenta, según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, desde el primer día siguiente hábil³⁴ a la notificación realizada a su vez en día hábil. En consecuencia, se dice, si la administración notifica en día inhábil, se toma como día de notificación el siguiente hábil y como nacimiento del plazo el subsiguiente igualmente hábil. El fundamento fáctico es que no se supone que uno concurre a sus oficinas o tiene que estar en su domicilio real en día inhábil, por lo que la notificación practicada ese día produce efectos recién al siguiente día hábil. El argumento es sólido, pero después de haber observado cómo cambia la jurisprudencia en materia de plazos, no apostaríamos un plazo nuestro, de ser posible, a este cómputo. Nuestra regla empírica es contar un plazo de la peor manera posible y si podemos atenernos a ella, hacerlo.

6. Requisitos y formas de la notificación válida. El acto y sus circunstancias

Es necesario compatibilizar muchos regímenes que admiten diversas formas de notificación, pero exigen que la notificación válida informe al interesado de los recursos existentes y sus plazos. En términos orteguianos o egológicos, serían “las circunstancias” del acto, que aquí normativamente lo integran inseparablemente. Esto se ha tornado angustioso ante las tesis que pretenden dar por perdido todo derecho al interesado, incluso la vía judicial, si no impugna en término el acto en sede administrativa. Obviamente, para determinar si el recurso administrativo ha sido interpuesto, debe computárselo a partir de una notificación válida y ésta sólo lo es si informa precisamente los recursos procedentes y sus plazos; más, hoy en día, la indispensable advertencia de buena fe y lealtad procesal, de que perderá también el acceso a la vía judicial si no recurre en el término administrativo que se le indica en la notificación. La regla, para REVIDATTI y SASSÓN, es que “En ningún caso se admite la notificación ficta respecto de los recursos disponibles, ni tampoco se supone conocida la ley que los prevé,”³⁵ ni menos la

³² En igual sentido ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 115; HALPERÍN y GAMBIER, *op. cit.*, pp. 17-20, después de optar por la tesis enunciada, concluyen que ello incluye el género: “y todo acto de tal carácter que quiera en el futuro serle oponible al particular” (p. 20); es la idea alemana que entre otros explica FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 304. Obviamente dicho concepto se contrapone a la distinción entre validez y eficacia que parte de la doctrina propone. Ver el artículo 41 de la ley alemana: Se da a conocer el acto a aquél al cual éste está dirigido o que será afectado por él.

³³ Art. 39, inc. b) *in fine*.

³⁴ Ver también decreto-ley 19549/72, art. 1º, inc. f), aps. 2 y 3.

³⁵ REVIDATTI, GUSTAVO A. y SASSÓN, JOSÉ, *Procedimiento administrativo en la Provincia de Corrientes. Ley 3460 comentada*, Corrientes, Cicero Ediciones, 1987, p. 143.

jurisprudencia que los delimita. Ésta es, pensamos, la solución que debiera prevalecer en tutela del principio de legalidad y debido proceso legal. Pero como no tenemos mucha esperanza, a tenor de la jurisprudencia en *Gorordo y Romero*,³⁶ explicamos a continuación las demás formas de notificación incompletas.

6.1. Notificación personal

Si el interesado toma vista del expediente y se le hace notificar en forma *expresa* de determinado acto que en él obra, entregándole copia, quedaría en esta tesitura regularmente notificado de dicho acto; lo mismo ocurriría si se le entrega una copia del acto en forma personal,³⁷ aunque no sea simultáneo el acceso al expediente.³⁸ En Uruguay se da preferencia a la notificación personal y sólo si no se pudiese practicarla se autoriza, previa constancia de ello, a notificar el acto por telegrama o carta certificada con aviso de retorno.³⁹ Pero, desde luego, nada dice nuestra norma respecto de que por ser notificación personal pudiera emitirse la constancia de haberse informado de los recursos, plazos, etc., a menos que el propio acto informe de ello. Sólo entonces sería plenamente válida.

La notificación es personal en tanto y en cuanto sea el propio destinatario del acto quien es informado en forma directa, sea por entrega de copia de la resolución sin tener el expediente a la vista, o por acceso directo al expediente con simultánea entrega de copia. El reglamento nacional⁴⁰ prevé la entrega en este acto de copia *certificada*, “si fuere reclamada;” el reglamento de La Pampa⁴¹ agrega que esta solicitud “puede efectuarse de viva voz.”

Como ya comentamos,⁴² debería establecerse la obligación de entregar de oficio, sin necesidad de requerimiento de parte, *copia de todas las actuaciones* (más la información sobre recursos, plazos, etc.) y no solamente del acto que se notifica. Sería una buena práctica política, de imagen, de colaboración al ciudadano, transparencia, buen gobierno, relaciones públicas. En la práctica no se presentan mayores problemas para obtenerla, al menos en nuestra experiencia. Pero no siempre es ello así: Puede requerir entonces la labor diligente de insistencia que ya explicamos.⁴³

³⁶ Aunque el art. 3 del decr. 229/00, al establecer el derecho del interesado a que le resuelvan expresamente sus denuncias, estatuye la solución contraria. Falta sólo que la administración y la justicia lo cumplan.

³⁷ RN, 41, inc. a); CABA, 61, inc. a); Córdoba, 55; Corrientes, 128; Perú, 21.

³⁸ En tal caso debe pedir vista de las actuaciones para suspender el plazo para recurrir. Respecto a si suspende o interrumpe el plazo, ver también *supra*, cap. IV, § 8.2, “Suspensión de los términos” e *infra*, cap. VIII, § 8, “Suspensión de los términos por pedido de vista de las actuaciones.”

³⁹ Art. 51, MARTINS, DANIEL HUGO, “La regulación jurídica del trámite administrativo,” en el libro de PRAT, MARTINS, BRITO, FRUGONE SCHIAVONE y CAJARVILLE PELUFFO, *Procedimiento administrativo*, Montevideo, ACALI, 1977, pp. 67-8.

⁴⁰ Art. 41, inc. a).

⁴¹ Art. 6°, inc. a).

⁴² *Supra*, cap. IV, “Vistas y traslados,” § 7.2, “El derecho a obtener copias del expediente.”

⁴³ *Supra*, t. 2, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica.”

6.2. Notificación espontánea

Si el interesado se presenta y manifiesta estar en conocimiento fehaciente del acto, esto también vale como notificación.⁴⁴ Pero debe tratarse de una manifestación expresa e inequívoca, la que ha de interpretarse de buena fe y dentro del principio *pro actione*. Ese conocimiento debe entonces incluir cuáles son los recursos existentes, sus plazos y efectos en sede administrativa y judicial. No deben existir dudas acerca de la voluntad informada del particular de darse por notificado y conocer los plenos efectos de ello en cuanto a plazos, el acceso a la justicia, etc. No podrá tomarse cualquier manifestación del interesado como notificación espontánea y completa (recursos, plazos, efectos administrativos y judiciales, formales y sustanciales), si esa voluntad no surge clara e indubitadamente de su presentación. No se trata, pues, de una suerte de notificación implícita, ni hay, como se ha dicho, notificación ficta de cuáles son los recursos existentes.⁴⁵

6.3. Notificación por cédula

En este caso, en el orden nacional se prevé su diligenciamiento en forma similar a la establecida en el CPCCN.⁴⁶ En cambio, son varias las provincias en que se regula en la propia ley o decreto—ley de procedimiento, el modo de hacer el diligenciamiento de la cédula.⁴⁷ Debe recordarse el necesario cumplimiento de la entrega de copia completa del acto y la información expresa de recursos, plazos y efectos —en sede administrativa y judicial— de su no interposición.

6.4. Notificación por telegrama

Siempre que el telegrama reproduzca el texto íntegro del acto e informe de lo demás antes expuesto, no hay obstáculo a su notificación telegráfica, sea por telegrama colacionado,⁴⁸ copiado o certificado con aviso de entrega.⁴⁹ Algunas reglamentaciones, como la nacional, sólo admiten el último en materia de telegramas,⁵⁰ pero con transcripción íntegra del acto. El reglamento nacional trata del contenido de las notificaciones en su art. 43,⁵¹ el cual es categórico en exigir

⁴⁴ Nación, 41, inc. b) y 44; Ciudad de Buenos Aires, 61 inc. b) y 64; Prov. de Buenos Aires, 67; Corrientes, 134; La Pampa, 46, inc. b); Mendoza, 153; Salta, 15.

⁴⁵ REVIDATTI y SASSÓN, *op. loc. cit.*

⁴⁶ Art. 41, inc. c); Ciudad de Buenos Aires, 61, inc. c); Corrientes, 129; La Pampa, 46, inc. c).

⁴⁷ Prov. de Buenos Aires, art. 65; Córdoba, 57; Chaco, 47; Mendoza, 151; Salta, 149. Sobre quién debe recibir la cédula y el defecto en la notificación, ver SCBA, *Venturino, JA*, 2002-II-710, con nota de OROZ, “Nulidad de la notificación...,” *op. cit.* Ver BOTASSI, CARLOS, *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, pp. 219-35.

⁴⁸ PTN, *Dictámenes*, 207: 81.

⁴⁹ Reglamento nacional, art. 41, inc. d); Ciudad de Buenos Aires, 61, inc. d); reglamento de La Pampa, art. 46, inc. d). Es igualmente amplio, sin ser enunciativo, Salta, art. 149 *in fine*.

⁵⁰ Art. 14.

⁵¹ RN, art. 43; Ciudad de Buenos Aires, art. 63; reglamento de La Pampa, art. 46, inc. d) y art. 49. Salta admite el telegrama en el art. 149 y le aplica la regla general del art. 148 de notificación íntegra de todo el texto del acto. En igual sentido Mendoza, arts. 149, 150 y 151.

que se transcriban “íntegramente los fundamentos y la parte dispositiva,” en todas las formas de notificación. Esta norma general recepta en su primera parte la regla que propiciáramos, cuando el art. 43 entonces vigente preveía, para la notificación por telegrama, sólo la transcripción de la parte dispositiva del acto.⁵²

6.5. *Por carta, oficio, etc., con aviso de recepción*

En este supuesto el reglamento nacional exige que la carta le sea exhibida al agente de correos, el cual sellará el original y las copias, antes de cerrar el sobre.⁵³ Esta constancia, junto con el aviso de recepción remitido de vuelta por el correo, acreditan la notificación.

Ciertamente sigue siendo aplicable la regla general que exige transcripción íntegra del acto y descripción de los recursos existentes, sus plazos y efectos anómalos actuales de su no interposición (pérdida de la vía judicial) y así lo ha entendido la jurisprudencia.⁵⁴

En el caso de las cartas y los telegramas algunos fallos han dicho, en relaciones de derecho privado entre particulares, que para tener por no hecha la notificación es el presunto notificado quien debe demostrar que no recibió la carta, o que el portero la retuvo y no se la entregó, etc.⁵⁵ Ello es irrazonable, primero por pretender la prueba de un hecho negativo, por ende imposible;⁵⁶ segundo porque es público y notorio que no siempre la correspondencia postal o telegráfica llega a su destinatario y además constituye la típica prueba imposible: probar que algo *no ocurrió*.

Es la administración quien debe acreditar el hecho positivo de que *sí notificó* y notificó bien, informando de lo pertinente al debido proceso legal. No se puede postular un principio supuestamente categórico de que la notificación está probada por el sólo envío de la pieza postal o telegráfica, y así lo ha admitido la

⁵² De todas maneras el inc. g) abre la posibilidad de nuevas modalidades que implemente en el futuro la autoridad postal o en su caso el Poder Ejecutivo. Ver al respecto *infra*, § 6.10, “Notificación por fax y por e-mail” *in fine* para el e-mail.

⁵³ Art. 41, inc. e) del RN: “en este caso el oficio y los documentos anexos deberán exhibirse en sobre abierto al agente postal habilitado, antes del despacho, quien los sellará juntamente con las copias que se agregarán al expediente,” Salta, art. 149, *in fine*: “servirá de suficiente constancia el recibo de entrega de la oficina telegráfica o postal, que deberá agregarse al expediente.” La jurisprudencia tiene admitida la validez de este tipo de notificaciones, siempre que una norma expresa la establezca: CSJN, *Fallos*, 198: 226; 199: 29; 220-1: 125; CNCiv, Sala E, *López*, 1959, *LL*, 98: 665; Sala B, *Gil Navarro de Rodríguez*, 1960, *LL*, 100: 410. Sin embargo, la Sala IV de la CNFed. CA, *Club Atlético Newll's Old Boys*, 16-III-06, rechazó a la carta certificada con aviso especial de retorno como medio idóneo de notificación: ROBLEDO, NÉSTOR D., “Los medios de notificación y su eficacia,” *LL*, 2007-B, 494.

⁵⁴ CNFed. CA, Sala IV, *Club Atlético Newll's Old Boys*, 16-III-06, publicado en *ED*, 16-VI-06; ampliar en SACRISTÁN, ESTELA B., “En torno a las notificaciones del art. 100, inc. a) de la Ley 11.683,” *Periódico Económico Tributario*, 2001, pp. 262-6, y jurisprudencia allí citada.

⁵⁵ Cámara Nacional Civil, Sala B, *Gil Navarro de Rodríguez*, 1960, *LL*, 100: 410, 413.

⁵⁶ Por ello la prueba negativa es denominada “prueba diabólica.” Ahora bien, ¿qué hará la justicia? Ver jurisprudencia citada en GORDILLO (dir.), *Procedimiento Administrativo...*, *op. cit.*, p. 428, nota 142; GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, p. 423, nota 1087.

jurisprudencia.⁵⁷ En todo caso, la norma nacional postula el “aviso de entrega” para el telegrama (inc. *d*), lo que resulta equivalente a la carta documento (inc. *f*) y al “oficio impuesto como certificado expreso con aviso de recepción” (inc. *e*). En efecto, ha de tenerse siempre en claro que el fin legal de la notificación es llevar el acto y sus circunstancias (recursos, plazos) a conocimiento *cierto* y no presunto del destinatario.⁵⁸

Debe también tenerse presente que si una persona constituye domicilio en determinado *piso* y *departamento* de un edificio, es ese piso y departamento el lugar en que deben practicarse las notificaciones y no en la portería del edificio, que se transforma de esta suerte en una especie de estrado del juzgado.⁵⁹ En materia de notificaciones por cédula, la práctica de la oficina de notificaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es correctamente notificar *en el piso* y *departamento* de que se trate.

En cambio, algunas oficinas de tribunales menores ya han comenzado impropriamente a pretender dejar cédulas de notificación en la *portería* del edificio, lo cual reputamos insuficiente notificación si el particular no constituyó domicilio precisamente *en la portería* del edificio.⁶⁰ Lo contrario es dejar el derecho en manos de los empleados de tribunales y los porteros y personal de los edificios de departamentos u oficinas, hermanados por la ley del menor esfuerzo los primeros y de la máxima invasión de privacidad, los segundos.

La carta documento, si bien suele erróneamente dejarse en la portería de los edificios, normalmente no se presta a dificultades en tanto informe de cuanto debe en derecho para ser completa y de buena fe.⁶¹ Un código social no escrito hace que se les preste especial atención, más incluso que a una cédula judicial o administrativa, que no son parte del conocimiento común de la gente: el por-

⁵⁷ En la causa *Ingeco S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad*, 19-IX-96, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal afirmó que “la notificación por carta certificada resulta inválida por no ajustarse a lo normado por los arts. 39 y sgtes. del decreto 1759/72, en su anterior redacción.” La demandada alegaba que la notificación era válida porque se había practicado por “carta certificada con aviso de retorno” en el domicilio constituido. Sin embargo, en sede judicial se verificó que en autos no constaba que el actor hubiera tomado conocimiento de la resolución impugnada, sino hasta que se notificara personalmente de la misma, cerca de un año después de que se dictara el acto. Conf. el plenario *Y.P.F. S.A. (T.F. 7799-A) c/ A.N.A.*, 13-IX-00: “el régimen de notificaciones en el ámbito administrativo, apunta a que el administrado adquiera un conocimiento cierto del acto y se informe debidamente de las posibilidades de defensa de sus derechos e intereses, evitando dificultar su ejercicio.”

⁵⁸ Por ello la carta certificada, por sí sola, únicamente demuestra el envío del sobre, no su contenido: CNCom., Sala D, *Amersur Cia. Financiera S.A. s/quiebra*, 20-V-88, citado por HALPERÍN y GAMBIER, *op. cit.*, p. 32 y nota 7.7.

⁵⁹ Conf. CCAyT CABA, Sala II, *Marangoni, Carlos Alberto c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277 CCAYT)*, 25-VI-02.

⁶⁰ No vemos por nuestra parte objeción alguna a este método, en la medida que sea con aviso de recepción. Diferimos así de HUTCHINSON, “La notificación,” *op. cit.*, p. 66; HALPERÍN y GAMBIER, *op. cit.*, p. 27. Por lo mismo, discrepamos con la solución de estos autores según la cual el conocimiento del acto realizado a través de una acción de amparo no resultaría una notificación válida, pp. 27-28; obviamente la jurisprudencia —allí citada— la ha aceptado.

⁶¹ En igual sentido HALPERÍN y GAMBIER, *op. cit.*, p. 32 y nota 36.

tero se encargará de dársela en mano para ver su cara al recibirla. Esa cara será hartamente expresiva si el acto le cuenta, como debe, qué dijeron los tribunales en *Gorordo y Romero*. Lo mismo pensamos en el caso de las notificaciones por correo, por ejemplo los expresos y certificados: Debe siempre, necesariamente, informarse al particular acerca de la pérdida de la vía judicial si no realiza la impugnación administrativa en el término que se le notifica. Queda un margen de incertidumbre con la cláusula residual del inc. g) del art. 41, pero hasta el momento no se han advertido inconvenientes y deja abierto el campo para el *e-mail* o correo electrónico, que sí se halla normado en la ley de procedimiento administrativo alemana.⁶²

6.6. Notificación verbal

Cuando válidamente un acto no esté documentado por escrito, se admite su notificación verbal,⁶³ sujeta a la condición de informar clara y precisamente al destinatario acerca de sus derechos. Así como en la detención policial del derecho estadounidense se le deben leer sus derechos al detenido, desde el fallo *Miranda*,⁶⁴ así también debería proceder la administración si emite y notifica actos verbales. Del mismo modo, es aceptable la notificación por signos como los que puede efectuar la policía de tránsito,⁶⁵ la señal del guardabarrera, etc. Pero ello puede servir para la ejecutividad del acto, no para frenar su impugnabilidad ya que no cumple con los demás requisitos de la notificación válida.

6.7. Notificación por edictos, radial, televisiva

Dicen las normas que es admisible cuando se trata de personas inciertas o cuyo domicilio se ignore,⁶⁶ siempre que no resulte que la administración tiene o puede tener conocimiento del domicilio por cualquiera de sus diferentes registros. Se aplicaría aquí lo dicho en referencia a la notificación verbal, en cuanto a la diferenciación entre ejecutividad e impugnabilidad. A la administración en tal caso “le es exigible efectuar un esfuerzo previo para identificar a los interesados y/o

⁶² Art. 41 (2).

⁶³ RN, art. 45; CABA, 65; Corrientes, 130; La Pampa, 51 del reglamento. P. ej., órdenes de los agentes de tránsito; órdenes de rutina de los superiores en la función pública, etc. A la inversa y como es obvio, en ningún caso cabe admitir la notificación verbal de un acto escrito. Conf. ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1975, pp. 212-3. Ampliar *supra*, t. 3, cap. X, “Formalidades,” nota 203.

⁶⁴ CARRIÓ, ALEJANDRO D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, 1994, 3ª ed., p. 162; “Otra vez el tema de las confesiones policiales. El caso *Miranda* está lejos y espera,” *LL*, 1993-B, 258; “Otra vez el tema de las confesiones policiales: ¿Llegó *Miranda* a nuestro país? (Tal vez no, pero anda cerca)” en *LL*, 1988-C, pp. 966-74; BALL, MILNER S., “Las advertencias «*Miranda*», el caso «*Dickerson*» y la protección de los derechos en el proceso penal,” en *LL*, 2001-A, 867-73; cfr. YOUNG, CATHY, “Uso y abuso del derecho a la «advertencia *Miranda*»,” en *LL*, 2000-B, 69-72.

⁶⁵ Comp. HALPERÍN y GAMBIER, *op. cit.*, pp. 28-9.

⁶⁶ RN, art. 43; CABA, 63; Prov. de Buenos Aires, 66; Córdoba, 58; Chaco, 48; Jujuy, 59; Mendoza, 152; Salta, 150. En igual sentido el derecho español: GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, 1ª ed., p. 230 y 2002, 2ª ed., p. 236.

su domicilio, a fin de garantizar la notificación directa.⁶⁷ Se trata, en definitiva, de exigir a la Administración realizar las averiguaciones necesarias y razonables para permitir la identificación y localización de quienes tengan la condición de interesados y sus domicilios [...] Únicamente cuando esos esfuerzos y averiguaciones fracasen, vendrá legítimo recurrir a la vía edictal.”⁶⁸ Cabe señalar que la Provincia de Buenos Aires exige en este caso como recaudo complementario que el acto *también* se transmita por radiodifusora oficial durante cinco días.⁶⁹ A nuestro juicio, la *sola* notificación por radiodifusoras sería inválida.⁷⁰

Lo que está en juego es cuál pueda ser el sustento fáctico que justifique dar a publicidad radial o televisiva un acto particular que afecta a persona de domicilio desconocido. Normas de este tipo han incurrido en un error de percepción: la radiodifusión o televisión tienen sentido en casos de emergencia o para situaciones generales de carácter urgente que requieren *publicación*.

Resulta difícil justificar una *notificación* radial a persona incierta o de domicilio realmente desconocido y no averiguable por los múltiples registros de la administración.⁷¹ ¿Quizás algún fugitivo al que se ordena entregarse? ¿Una persona que recibió una transfusión de sangre que luego se comprueba tiene HIV? ¿Intimar a rendirse a un preso amotinado?

Son hipótesis demasiado excepcionales como para tener la aspiración de abarcarlas sensatamente en una *regla* general y permanente de derecho.⁷² En todo caso, la tecnología ahora se orienta hacia el correo electrónico y la Internet.⁷³ Cuando procedan los edictos o la radiodifusión, podrá reproducirse tan sólo la parte dispositiva; se admiten cuando la persona es incierta o de domicilio desconocido.⁷⁴ Pero estas normas son menos realistas que otras formas de notificación.⁷⁵

⁶⁷ Esfuerzos y averiguaciones de los que se deberá dejar constancia circunstanciada en el expediente por el funcionario interviniente, agregamos nosotros. HALPERÍN y GAMBIER, *op. cit.*, p. 26, sugieren oficios al Registro de las Personas, Secretaría Electoral “o de otros órganos administrativos como la Dirección Nacional de Recaudación Previsional” (*op. cit.*, p. 33), D.G.I., Policía Federal, etc. Si se conoce su profesión, los colegios profesionales y así sucesivamente.

⁶⁸ DIEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 226.

⁶⁹ Art. 66.

⁷⁰ En contra, RN, art. 42; Córdoba, 56; Chaco, 48; Jujuy, 59. Si le sumamos a la endeblez de la notificación la extrema gravedad de sus efectos en la jurisprudencia actual, resulta claramente inconstitucional. Ver cap. III, “Los recursos administrativos,” § 1.2, “Carga del administrado y privilegio incausado de la administración. Valladar para el acceso a la justicia;” cap. X, “El recurso jerárquico,” § 9, “Término para interponer el recurso” y 19, “Denegación tácita.”

⁷¹ *Supra*, nota 61. Distinto es el caso de la notificación complementaria por inserción de anuncios en el tablón de edictos, que explica ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, t. I/1, Madrid, Tecnos, 1999, 13ª ed., p. 201 y ss.

⁷² Ver *supra*, t. 1, cap. I. Aun en los ejemplos que damos en el texto, se trata ya de actos verbales. Un acto *escrito leído* por radio o televisión no suena simplemente imaginable.

⁷³ Ver nota 35 y *supra*, t. 3, cap. X, § 8.6, “El correo electrónico sin firma” y 8.7, “La firma electrónica o digital.”

⁷⁴ Art. 42, art. 62, CABA, DNU 1510/97, ratificado por res. 41/98 de la Legislatura.

⁷⁵ Como la que comentamos *infra*, § 6.9 y nota.

6.8. *La invitación a notificarse*

A veces la administración envía una pieza postal al interesado diciéndole que concurra “a los efectos que se le comunicarán,” o a los “efectos de notificarse de la resolución recaída en las actuaciones.”⁷⁶ Este procedimiento no está contemplado en nuestra legislación y no es apto para producir efecto jurídico.⁷⁷ El particular no tiene la obligación jurídica de concurrir a notificarse⁷⁸ y la administración tiene otros medios de notificación. El individuo tiene la opción de concurrir y negarse a recibir el documento que se le exhiba y a firmar la proyectada notificación. La administración, obviamente, no puede usar de la fuerza para imponerle el documento de que se trata. Un funcionario, en cambio, sí está obligado a notificarse en la repartición en que se desempeña, de aquellos actos de sus superiores relativos a la relación de empleo público que lo une con el Estado. Pero ello no releva a la administración de su deber primario de informar al interesado de sus derechos: recursos, plazos, pérdida de la vía judicial en caso de no impugnarlo en término en sede administrativa y agotar la vía. En cambio, el derecho uruguayo autoriza este método en forma expresa, previendo el procedimiento en caso de incomparecencia del interesado.⁷⁹ De lo antes expuesto se desprende que puede ser una solución aceptable en una administración con tradición democrática como la uruguaya, pero no en el derecho argentino.

6.9. *La notificación en zonas rurales*

Existen localidades adonde no llega servicio de correos ni telégrafos y, en consecuencia, las cartas, telegramas, etc., son devueltos al remitente. En estos casos el derecho uruguayo autoriza la notificación practicada por intermedio de la policía,⁸⁰ solución acertada que puede utilizarse como variante de notificación completa en el domicilio del destinatario del acto, preferible a la publicación en el *Boletín Oficial*. Si el domicilio de la persona es conocido, sólo que el correo no

⁷⁶ En la provincia de Santa Fe, por ejemplo, esa es la práctica corriente, según FERULLO, GUSTAVO C. y GRAU, CÉSAR ANTONIO, *Procedimiento y recursos administrativos en la Provincia de Santa Fe*, Rosario, Fas, 1997, p. 82.

⁷⁷ Dicen en sentido coincidente HALPERÍN y GAMBIER, *op. cit.*, p. 5, “de suerte tal que si el administrado no concurre, no podrá tenérselo por notificado del acto administrativo que se pretendía comunicar con la concurrencia del particular con motivo de la citación.”

⁷⁸ Debe distinguirse este supuesto de la más genérica facultad de los funcionarios de invitar a las partes a reunirse, de lo cual tratamos *supra*, cap. II, “El administrador,” § 9, “Invitación a las partes a reuniones” y notas.

⁷⁹ Art. 52: “Si al vencimiento de dicho plazo el interesado no hubiese concurrido a la oficina, la Administración podrá optar entre: a) Reservar el expediente a la espera de que el interesado comparezca a notificarse [...]; b) Practicar la notificación personal fuera de la oficina por medio de un funcionario comisionado; c) Enviar telegrama colacionado o carta certificada con aviso de retorno.” Ampliar en MARTINS, DANIEL H., “La regulación jurídica del trámite administrativo,” en el libro *Procedimiento administrativo*, de PRAT, MARTINS, BRITO, FRUGONE SCHIAVONE, CAJARVILLE PELUFFO, *op. cit.*, pp. 67-8.

⁸⁰ Art. 59: “La administración podrá disponer que las notificaciones a domicilio en las zonas rurales se practiquen por intermedio de la policía.”

llega a él, bien se advierte que la publicación por edictos no tendría suficiente validez. Córdoba tiene igual disposición,⁸¹ que por analogía del derecho provincial y uruguayo es extensible a las demás provincias y a la Nación misma.

6.10. Notificación por fax y por e-mail

En algunos ordenamientos es admisible la notificación por correo electrónico *e-mail*⁸² y por fax, conforme la cláusula ya mencionada del art. 41.⁸³

Si bien es cierto que el art. 41 deja abierta la puerta para la utilización de diversos medios de notificación, también lo es que exige recaudos relativos a la certeza de la *fecha de recepción* y del *contenido* del mensaje que sólo serían satisfechos mediante la utilización de la firma digital.⁸⁴ El marco normativo de la República Argentina en materia de firma digital está constituido por un conjunto de normas,⁸⁵ siendo la ley 25.506 la que establece la infraestructura de firma digital y equipara la eficacia jurídica de la firma digital y la firma hológrafa.⁸⁶ El procedimiento de criptografía empleado por la firma digital permite verificar la autoría e integridad del documento firmado digitalmente. La confiabilidad y seguridad transmitida por dicha tecnología llevó al legislador a establecer en la ley mencionada una fuerte presunción de autoría⁸⁷ e integridad.⁸⁸ En tal sentido, podríamos afirmar que mediante el empleo de la firma digital se estaría cumplimentando el requisito de certeza mencionado en el art. 41. Con relación al otro requisito exigido por el art. 41, relativo a la necesidad de establecer una fecha de recepción, dicho recaudo también puede ser satisfecho mediante la constancia de recepción emitida por el servidor de quien recibe la notificación, máxime cuando el interesado acepta ser notificado por este medio.

Existe sustento normativo y tecnológico para realizar notificaciones electrónicas mediante el empleo de firma digital. Como ejemplo de esta práctica podemos mencionar la experiencia de la Comisión Nacional de Valores, organismo que

⁸¹ Art. 55 *in fine*.

⁸² Art. 41(2) de la ley alemana; ver también STORTONI, *op. loc. cit.*

⁸³ Ver casos que dan cuenta de su uso en GORDILLO (dir.), *Procedimiento Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 429-30; GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, pp. 424-5. Ver *supra* cap. III, nota 176.

⁸⁴ La firma digital es una herramienta tecnológica que permite garantizar la autoría e integridad de los documentos digitales, posibilitando que estos gocen de una característica que únicamente era propia de los documentos en papel.

⁸⁵ Ley 25.506 (B.O. 14-XII-01), decreto 2628/02 (B.O. 20-XII-02), decreto 427/98 (B.O. 21-IV-98), el decreto 724/06 modificatorio del anterior (B.O. 13-VI-06) y un conjunto de normas complementarias que fijan o modifican competencias y establecen procedimientos.

⁸⁶ Art. 3º: "Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia."

⁸⁷ Art. 7º: "Presunción de autoría. Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma."

⁸⁸ Art. 8º: "Presunción de integridad. Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma."

resolvió adoptar esta tecnología para la informatización y “despapelización” de los procedimientos administrativos internos a fin de recibir de las emisoras en el régimen de oferta pública diversos documentos que serán remitidos por Internet.⁸⁹

Por otra parte, el P.E. parece inclinado a fomentar un sistema de *e-mails* gratuitos para la población. Ha aceptado una oferta de donación de computadoras con acceso a Internet en todas las escuelas primarias. Aunque no se logren tan amplios propósitos, al menos no podrá objetarse este medio de notificación a quien disponga de *e-mail*, una vez que se solucionen los problemas tecnológicos que todavía presentan algunos de los prestadores locales de este servicio.⁹⁰

Más aun, según los anuncios oficiales se proyecta llevar todo el sistema de contrataciones a Internet.⁹¹ En ese sentido la llamada ley de firma digital 25.506 y, en el ámbito fiscal, la ley 26.044 que establece el denominado “domicilio fiscal electrónico” constituyen, aún con las dificultades que significa su implementación,⁹² sustantivos avances en la dirección señalada.⁹³ Por cierto, sigue siendo aplicable la regla general que exige especificar los recursos, plazos y sus efectos.⁹⁴ En el ínterin, pensamos que es admisible, pero con la necesaria tolerancia a quien manifieste de razonable buena fe no haberlo recibido y su servicio sea de los que presentan fallas, caso en el cual la autoridad y el interesado deben hacer la denuncia al órgano de contralor.⁹⁵ El fax y el *e-mail* están por ahora equiparados.⁹⁶

⁸⁹ Resolución General de la CNV 345/99 (B.O. 17-XII-99.) Art. 1: “Las entidades sujetas al control de esta Comisión, deberán remitir la información que expresamente se establezca en estas Normas por vía electrónica de INTERNET, utilizando los medios informáticos que provee la Autopista de la Información Financiera (AIF) sita en la dirección de Web (URL) <http://www.cnv.gov.ar> que a esos efectos ha creado la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES, y cumplir con el procedimiento establecido en este Capítulo.” La CABA introdujo la notificación electrónica respecto de los actos internos, *no pudiéndose en lo sucesivo utilizar el papel para estas comunicaciones* (art. 1º, dec. 417/08).

⁹⁰ Algunos ex-prestadores venden sus listas de clientes como esclavos, sin pedirles consentimiento: así www.impsat1.com.ar, cuyos sorprendidos clientes se encontraron de oficio y sin consulta previa en www.elsitio.net. ¿Dónde quedaron las buenas maneras, las relaciones públicas, la preservación de la imagen empresarial, los derechos del consumidor? No entusiasma a pedir algún nuevo servicio que ofrezca Impsat. Igual pasó con Satlink y otros.

⁹¹ Para una propuesta de digitalización integral del accionar de la administración ver MARTINO, ANTONIO M., “El gobierno digital para la emergencia,” en AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 49-67.

⁹² FARRÉS, PABLO, “Deficiencias graves en el domicilio fiscal electrónico del procedimiento de notificación en la ley 11.683, modificada por la ley 26.044. La resolución general AFIP 1995/2000,” *JA* 2006-1-932; BERMÚDEZ, CARLOS A., “Sobre la firma digital y el correo electrónico como forma válida de notificación y publicidad de actos de las Administraciones Tributarias,” *LL, Suplemento Actualidad*, 3-III-05, p. 3.

⁹³ ROBLEDO, “Los medios de notificación y su eficacia,” *op. loc. cit.*

⁹⁴ Reglamento nacional, art. 40.

⁹⁵ Sería una solución análoga a la que proporciona la burocracia bancaria cuando se pierden cheques o tarjetas de crédito, etc.: le piden que haga previamente la denuncia policial. La policía, que conoce mejor los hechos, no exige tal denuncia para tramitar nuevo documento ante ella.

⁹⁶ El art. 10, inc. *w*), del reglamento de concursos del Consejo de la Magistratura, expresa que el concursante debe consignar “número de fax o dirección de correo electrónico que constituye a los efectos del concurso, en los que acepta expresamente la validez de las notificaciones” (B.O., 10-II-00, p.6.) Dada la composición plurisectorial del Consejo, parece una modalidad aceptada.

También existen empresas privadas que proporcionan direcciones de *e-mail* en forma gratuita. Es posible hacer combinaciones, p.ej. una doble notificación, primero por fax o correo electrónico y luego por *courier* con papel normal (*hard copy*.)

7. Falta de constancia de la notificación

En todos los casos comentados, si no resulta de las actuaciones constancia cierta de la fecha de recepción del acto o de que se ha efectuado la notificación, debe estarse a la fecha de notificación indicada por el mismo recurrente⁹⁷ o, lo que es de hecho lo mismo, debe interpretarse que el recurso de que se trata está interpuesto en término.⁹⁸ Si la notificación no incluyó la necesaria información sobre los recursos existentes, plazos para interponerlos y su cómputo, efectos de su interposición, etc., consideramos que debe tenerse por no hecha a los fines de su impugnación administrativa y judicial.⁹⁹ Es la manera de darle vigencia efectiva al fin que la norma procura tutelar.

8. Notificación y publicación. Imposibilidad de intercambiarlas

Las dos formas de publicidad mencionadas no son intercambiables entre sí.¹⁰⁰ No cabe admitir la *publicación* eficaz de un acto administrativo, pues no es personal;¹⁰¹ aunque puede a lo sumo tener efecto respecto de terceros.¹⁰² De allí la peligrosidad de que el acto ordene “comuníquese,” sin especificar “notifíquese” o “publíquese.”

Solamente si el acto administrativo *stricto sensu*, esto es, de alcance particular, puede causar gravamen a terceros indeterminados y estos no han podido ser citados previamente a ejercer sus derechos como contrainterésados, en forma previa a la emisión del acto, podría contemplarse la necesidad de una publicidad adicional. En primer lugar, debe tratar de determinarse quiénes son y cuáles

⁹⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 304 y 2ª ed., p. 312. Tribunal Supremo español, sentencia del 26-X-1960; comp. Chaco, art. 52 que permite una interpretación extensiva. *Supra*, t. 3, cap. X, § 11, “Especies de formas de publicidad: publicación y notificación.”

⁹⁸ PTN, *Dictámenes*, 59: 430; 71: 137 bis; 75: 22; 211: 18; 211: 236; 213: 250; 214: 134; 217: 62; GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1967, 3ª ed., p. 533; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, 2ª ed., p. 85; Chaco, art. 52 para el caso de falta de constancia de la fecha de interposición del recurso.

⁹⁹ Conf. REVIDATTI y SASSÓN, op. loc. cit. Cfr. art. 40 de la reglamentación nacional; ver *infra*, § 10.2, “El deber de buena fe administrativa de informar fiel e íntegramente recursos y plazos.”

¹⁰⁰ Decreto-ley 19.549/72, art. 11; Ciudad de Buenos Aires, art. 11; Corrientes, 229 y 126; REVIDATTI y SASSÓN, *Procedimiento...*, op. cit., p. 143; DEBBASCH y RICCI, op. cit., p. 290; HALPERÍN y GAMBIER, op. cit., p. 5; VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho Administrativo*, Bogotá, Temis, 1994, 10ª ed., p. 140. Ver jurisprudencia en igual sentido en GORDILLO (dir.), *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., comentario al art. 11 del decreto-ley 19.549/72, secc. II, p. 143, nota 387; GORDILLO y DANIELE (dirs.), op. cit., pp. 153-6, y jurisprudencia allí citada.

¹⁰¹ Si un acto de alcance general contiene a su vez un acto de alcance particular, la notificación de éste no puede ser suplida por la publicación en el *Boletín Oficial*. Ver CNFed. CA., Sala IV, 4-IX-87, *Kestelboin, Mario J. c/ Gobierno Nacional, LL*, 1988-A, 296.

¹⁰² GABOLDE, op. cit., p. 95.

son sus domicilios y entonces notificarlos. Si dichas averiguaciones fracasan no obstante el empeño y la diligencia puestas por la administración, cabe pensar en la necesidad de, al menos, efectuar la publicación.¹⁰³

Algunas obras que parecieran admitir la *notificación* por el *Boletín Oficial*, en realidad sólo presentan un *lapsus* material: Pues es uniforme el criterio que la notificación debe ser personal, circunstancia que por cierto no se cumple en ningún caso con la mera publicación en el *Boletín Oficial*. Ni siquiera es fácil encontrar en sus diferentes secciones noticias de las cuales uno ya está informado previamente, por otros medios, que *seguro* están allí. Imagine el lector qué posibilidad existe de enterarse por un edicto de un acto administrativo. En la práctica, en cambio, las empresas tienen por costumbre hacer leer religiosamente el Boletín Oficial por temor a encontrarse con sorpresas.

Esta solución es uniforme en el derecho argentino,¹⁰⁴ pero existe un más que interesante grado de uniformidad también en el derecho comparado.¹⁰⁵ Tampoco cabe admitir la *notificación* de un reglamento, pues ello implicaría que el acto comenzaría a regir a partir de las diferentes fechas en que sea notificado, lo que atenta contra la igualdad ante la ley. Un opinable aunque aislado fallo de la CSJN admite la notificación espontánea de un reglamento. Pero la regla sigue siendo que no es normalmente admisible la notificación espontánea y consecuente recurso por un particular de un reglamento no publicado.¹⁰⁶

9. Improcedencia de recurrir un reglamento no publicado

No hay término genérico de impugnación de los actos generales.¹⁰⁷ Cuando existe uno, con expreso fundamento legal, corre a partir del día siguiente de la publicación.¹⁰⁸ No es aplicable la tesis de que si del expediente se desprende la fecha de toma de conocimiento, ella vale a los efectos del cómputo.

¹⁰³ Ver, para el último supuesto, HALPERÍN y GAMBIER, *op. cit.*, p. 6, nota 16.

¹⁰⁴ Corrientes, art. 126; Formosa, 34; Neuquén, 53; Salta, 43; Tucumán, 44, etc. Las demás normas reglamentarias argentinas, sin la precisión del art. 126 de Corrientes o 53 de Neuquén, 43 de Salta, etc., llevan sin embargo a igual solución: reglamento nacional, art. 37; Catamarca, 85; Córdoba, 56; Mendoza, 149; Santiago del Estero, 29; Tierra del Fuego, 51, etc. HEREDIA, "Los medios administrativos para la protección de los administrados," en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1945-2: 265; ESCOLA, *op. cit.*, p. 214.

¹⁰⁵ Conf. MARTÍN-RETORTILLO, CIRILO, *Nuevas notas sobre lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1951, pp. 127-9. Dice el Tribunal Supremo que "tal publicidad no tiene la eficacia de la notificación ni puede sustituirse cuando existe un interesado conocido:" sentencia del 26-X-26, MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.* p. 129. Hay excepciones: ENTRENA CUESTA, *Curso...*, *op. cit.*, vol. I/1, p. 203; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Madrid, p. 528.

¹⁰⁶ *Supra*, t. 3, cap. X, § 11.5, "La notificación espontánea" y 11.6, "No cabe la notificación espontánea de un reglamento." Comp. DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, § 953 y 954, pp. 740-2. En contra, GABOLDE, *op. cit.*, p. 95, quien admite el recurso contra un reglamento no publicado; ZANOBINI, *op. cit.*, p. 70, admite el "pleno conocimiento" como sustitutivo de la publicación; REAL, *op. cit.*, p. 28. Córdoba, art. 60: "Los decretos y resoluciones de alcance general, se considerarán conocidos desde el día de su publicación, salvo que hubiesen sido comunicados con anterioridad por otro medio."

¹⁰⁷ *Supra*, § 2, "La publicidad del acto como presupuesto del recurso."

¹⁰⁸ Decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. e), ap. 3.

10. Validez de la notificación

10.1. *El acto y su motivación deben notificarse íntegramente*

Para que la notificación sea válida, se requiere que sea efectuada por alguno de los medios autorizados al efecto,¹⁰⁹ y que transcriba o reproduzca tanto la parte resolutive como los fundamentos del acto,¹¹⁰ o solamente la parte resolutive en algunos casos excepcionales como los edictos.¹¹¹ Pero esto ha de interpretarse en forma muy restrictiva, pues la única manera de poder conocer integralmente el sentido y alcance de un acto es teniendo acceso y fotocopia de la totalidad, no sólo de su contenido, sino también de todos sus antecedentes y fundamentos o, al menos, de las piezas citadas en el acto. Es fundamental el conocimiento total del acto y *sus fundamentos*.¹¹² Una adecuada motivación es requisito indispensable para poder juzgar la validez de un acto,¹¹³ por ello es nula la notificación hecha con “omisión de la *transcripción íntegra* de la decisión adoptada” en particular con omisión “de sus fundamentos,”¹¹⁴ con el consiguiente resultado de tenerla por no hecha y por presentado en término el recurso.

Ha dicho así la Procuración del Tesoro que “*cuando la notificación del acto, en realidad, no ha sido tal*, el término para recurrir debe computarse desde la fecha en que el administrado estuvo en condiciones de informarse del acto cuya legitimidad cuestiona y, *singularmente, de sus fundamentos*.”¹¹⁵ Así como no puede considerarse suficiente publicación de una ley o reglamento un extracto o “sustancia” de ellos, así tampoco puede admitirse similar notificación del acto administrativo. De la precisión con que se conozcan los fundamentos y el articulado depende su interpretación y ella puede ser determinante de su acatamiento

¹⁰⁹ No es válida la notificación telefónica: PTN, *Dictámenes*, 203: 58.

¹¹⁰ Así Nación, 43; CABA, 63; Prov. de Bs. As., 62; Córdoba, 54; La Pampa, 49; Salta, art. 148.

¹¹¹ Preven los edictos: Nación, 43; La Pampa, 49 del reglamento. En cambio Entre Ríos, 22, Mendoza, 150, exigen la notificación sólo de la parte resolutive incluso en las notificaciones personales, por cédula o por correo. En igual sentido Chaco, 42; Uruguay, 55; la ley española permite en ciertos casos la publicación de “una somera indicación del contenido del acto,” haciendo saber el lugar donde podrán comparecer los interesados “para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto,” medida de excepción que la doctrina interpreta como protectora de los derechos al honor y a la intimidad: ver GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, t. I, Madrid, Civitas, 1997, pp. 1107-09.

¹¹² TAWIL y MONTI, *La Motivación del Acto Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 77, nota 251.

¹¹³ Ampliar en SCHAFFRIK, FABIANA HAYDÉE, “Nociones acerca de los actos administrativos dictados en ejercicio de la actividad discrecional de la Administración. Sus límites y control judicial desde la perspectiva constitucional,” *ED*, 184: 861, 866; MORDEGLIA, ROBERTO MARIO y SCHAFFRIK, FABIANA H., “Las facultades discrecionales,” *ED*, 184: 1388.

¹¹⁴ PTN, *Dictámenes*, 53: 275, 282. Así lo sostuvimos en el proyecto de 1964. Posteriormente, Bolivia, art. 33, inc. III); Perú, art. 24, inc. I, ap. I, donde era “costumbre inveterada remitir transcripción literal.” BACACORZO, GUSTAVO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, (*Sustantivo*), Lima, Gaceta Jurídica, 1997, 2ª ed., p. 135; menos enfático, Brasil, art. 26, inc. I, ap. VI.

¹¹⁵ PTN, *Dictámenes*, 53: 275, 282. El destacado es nuestro.

o no. Por lo tanto, reafirmamos el criterio de que la notificación debe contener la reproducción fiel y completa del acto notificado y no sólo su versión “sustancial.”¹¹⁶

En consecuencia, si la notificación no ha sido hecha en legal forma (transcripción íntegra del acto y sus fundamentos, etc.), no corren los términos de impugnación.¹¹⁷ El acto no produce efectos jurídicos por la falta de publicidad válida y carece además de ejecutoriedad y de existencia misma como acto administrativo, pues no puede considerarse a nuestro juicio existente en el mundo jurídico lo que no es siquiera conocido.¹¹⁸

10.2. *El deber de buena fe administrativa de informar fiel e íntegramente recursos y plazos*

Es también requisito de validez de la notificación, en las legislaciones más modernas, el que el acto debe informar clara y lealmente al interesado los recursos de que puede ser objeto y el plazo dentro del cual ellos pueden ser articulados y, en su caso, si agotan la vía administrativa.¹¹⁹ El deber de buena fe obliga también a informar acerca de la vía judicial y la posibilidad de su pérdida si no interpone el recurso administrativo en término y debe también aclarar que los plazos se cuentan durante enero y julio, a pesar de la feria judicial. La omisión de cumplir este requisito hace que quede suspendido el término para la impugnación del acto hasta tanto se cumpla con este deber administrativo,¹²⁰ o se otorgue un plazo más amplio para su impugnación. Sin embargo, el art. 40 del RN prevé que “No obstante la falta de indicación de los recursos, a partir del día siguiente de la notificación se iniciará el plazo perentorio de sesenta (60) días para deducir el recurso administrativo que resulte admisible,” estipulando además que la omisión sobre el agotamiento de las instancias administrativas hará que el plazo del art. 25 del decreto-ley 19.549/72 comience recién transcurridos esos sesenta días.¹²¹

¹¹⁶ NAI, SIRO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milán, 1957, p. 20; GABOLDE, *op. cit.*, p. 92; VIVANCOS, EDUARDO, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, p. 131; ley española, art. 58: “2. Toda notificación deberá ser cursada en el plazo de 10 días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieren de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.” GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, p. 1082 y ss.

¹¹⁷ Así Corrientes, art. 135, para qué recursos dispone y su plazo. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 306 y 2ª ed., p. 314.

¹¹⁸ Para otros autores el acto es “válido” y “perfecto,” pero no eficaz, al faltarle el requisito de la notificación: *supra*, nota 1 *in fine* de este cap. y t. 3, cap. II.

¹¹⁹ Reglamento nacional, art. 40.

¹²⁰ Corrientes, 135; 136: “No se admitirá en ningún caso la notificación ficta respecto de los recursos disponibles, ni se supone conocida la ley que los prevé,” aplicable en todo régimen.

¹²¹ La Ciudad de Buenos Aires, en cambio, sanciona con nulidad la notificación que no indica los recursos pertinentes o menciona si el acto administrativo agota o no las instancias administrativas (conf. art. 60 del DNU 1510/97, ratificado por res. 41/98 de la Legislatura. En la CABA necesitan ratificación expresa por parte de la legislatura y llevan numeración propia y separada del resto de los decretos.) Se trata de una doble ventaja comparativa respecto de la Nación.

Es ya grosera la desigualdad conforme a la cual el particular tiene un breve plazo pasado el cual ya no puede impugnar el acto, en tanto la administración carecería de límite temporal. Asombra que existan normas así y nadie las declare inconstitucionales. Máxime cuando el fundamento fáctico es exactamente el opuesto: los días del particular se le escapan de las manos, la administración no tiene problemas con el tiempo.¹²² Darle la eternidad a quien tiene gusto por ella y por la inacción y el silencio, es como proporcionarle droga a un adicto. A mayor abundamiento, el art. 40 peca de flagrante contradicción, pues indica primero lo correcto conforme a la doctrina de los actos propios: que la omisión o el error de la notificación al indicar los medios (o sus plazos, o el carácter definitivo o no) “no perjudicará al interesado ni permitirá darle por decaído su derecho.” Hasta allí es correcto. De allí en más entra en una insuperable autocontradicción, pues dice que a pesar de todo corre un plazo perentorio de sesenta días para recurrir y que en caso de agotar la vía y *no decirlo*, el plazo del art. 25 corre a partir del vencimiento del primer plazo.

Es una forma maliciosa y alambicada de contar un segundo plazo a partir de una fecha ficta, que la propia CSJN en otros tiempos declaró inconstitucional.¹²³ Esa mala fe procesal, violación a la confianza legítima¹²⁴ y autocontradicción deben llevar a tener por absolutamente inconstitucional la segunda parte del párrafo 2° del art. 40.

Más aun, creemos que para resultar oponible y producir efectos, el acto debe también avisar de los “principios” que emergen de los casos *Gorordo* y *Romero*: que si no impugna el acto en término en sede administrativa pierde la judicial.

Hay autores que —antes de esta jurisprudencia— postulaban que la irregular notificación no puede permitir la impugnación sin plazo, por el principio de buena fe y la seguridad jurídica.¹²⁵ ¿Pero qué buena fe puede invocar la administración cuando ella incumple su propio deber de buena fe? ¿Y quién es el causante de la supuesta inseguridad jurídica sino ella que no cumple con el derecho? No cabe introducir distinciones sobre los grados de imprecisión, error o falta de completitud de la indicación de los recursos procedentes, sus plazos, la pérdida de la vía

¹²² Ampliar *infra*, cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento,” § 1.

¹²³ CSJN, *Galián, Fallos*, 300-1292, 1296, *infra*, cap. X, § 19, “Denegación tácita.”

¹²⁴ Así COVIELLO, PEDRO J. J., “La confianza legítima,” *ED*, 177: 894 y el más completo desarrollo de su libro “La protección de la confianza del administrado,” Buenos Aires, Abeledo-Perrot/Lexis-Nexis, 2004. SUPPERSTONE, MICHAEL Y GOUDIE, JAMES, *Judicial Review*, Londres, Butterworths, 1992, p. 174 y ss.; THOMAS, ROBERT, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Oxford, Hart, 2000; SCHONBERG, SOREN, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000. En el TJE el caso *Hauptzollamt München-Mitte*, año 1991, cit. en CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 317. El principio de razonabilidad, proporcionalidad, adecuación de medio a fin, etc., es universal y de larga data. Por ello el TJE no vino sino a reiterar algo que ya estaba en los derechos nacionales. Ver p.ej, para el derecho alemán y portugués, SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 670-3 y sus referencias de las notas 490 y ss.

¹²⁵ HALPERÍN Y GAMBIER, *op. cit.*, p. 46.

administrativa y judicial, etc.¹²⁶ Si la propia administración no puede enunciar clara y correctamente estos aspectos de procedimiento, ¿qué autoridad moral tiene nadie para exigirselos al particular? Sólo la administración lo sabe de inmediato y a ciencia cierta; debe cargar con ese deber de colaboración y buena fe procesal: Es el deber de “asesorar” al interesado que reafirma el decreto 229/00.¹²⁷ Si no puede hacerlo no puede trasladar al particular consecuencia disvaliosa alguna.

10.3. *El caso específico de la notificación apta para cerrar la vía judicial*

Una forma distinta de resolver esta misma cuestión que estamos explicando surge de distinguir, como ya lo hemos adelantado, dos distintos tipos de notificación, o diferentes recaudos de la notificación válida, según los efectos que de ella se quieran hacer surgir. En este criterio, para que se pueda considerar que el particular ha perdido la vía judicial, el plazo sólo puede computarse a partir de una notificación que indique específicamente tal circunstancia. A tales efectos, entonces, la notificación debe no solamente indicar que cierra la vía administrativa y deja expedita la judicial,¹²⁸ sino también que existe para ello un plazo perentorio de 90 días hábiles judiciales y especialmente cómo se computa y qué significa que es perentorio, ya que el particular no se encuentra ni podría encontrarse obligado a acudir al asesoramiento o patrocinio letrado en cada notificación que recibe. Por el mismo deber de buena fe procesal debe por ello indicar igualmente el día *exacto* de vencimiento del plazo para acudir a la justicia.¹²⁹ La omisión de cumplir con estos recaudos implicaría, a nuestro criterio, que no se puede aun válidamente computar el plazo específico mencionado y por lo tanto no se pierde todavía el acceso a la justicia.¹³⁰

11. *Notificación espontánea por el particular*

Aun siendo nula la notificación, puede existir *otra* que la supla, si el interesado interpone el recurso pertinente¹³¹ o se da expresa y formalmente por notificado del acto.¹³² Pero no cualquier mención que se pueda descuidadamente deslizar

¹²⁶ Como lo hacen HALPERÍN y GAMBIER, *op. cit.*, p. 45 y ss.

¹²⁷ En efecto, el art. 3º, inc. b) reconoce el derecho “a ser asesorado sobre los trámites y requisitos que debe cumplir en sus actuaciones ante la Administración.” En sentido similar, Perú, art. 118 inc. 2 y 5, que al establecer reglas para la celeridad en la recepción de los escritos, configura un servicio de asesoramiento a los usuarios para completar formularios, así como la instalación de mecanismos de autoservicio que suministren directamente información.

¹²⁸ CNCiv., Sala K, *in re Gómez Langenhein, LL*, 2000-D, 129 (1999); *DJ*, 2000-2, 896.

¹²⁹ Por lo menos debe informar el día exacto que resulta de consultar el calendario al momento de confeccionar la notificación, sin perjuicio de que si sobrevienen hechos imprevisibles (huelgas, etc.) el plazo podrá eventualmente resultar prorrogado.

¹³⁰ En sentido similar, el precedente citado *Gómez Langenhein, loc. cit.*

¹³¹ Uruguay, art. 60; GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, pp. 1092-3 y ss.

¹³² Reglamento nacional, 44; Ciudad de Buenos Aires, art. 64; Prov. de Buenos Aires, 67; Córdoba, 59; Corrientes, art. 134; Chaco, 49; Mendoza, 153; Salta, 151. Todas estas normas son menos categóricas que el texto, pero pensamos que deben ser interpretadas como aquí lo hacemos.

en una presentación puede automáticamente importar notificación plena. Es necesario que haya interposición válida del recurso procedente, o una expresa y terminante manifestación de voluntad del interesado en el sentido indicado. De lo contrario se estará sorprendiendo su buena fe.

Además, el interesado debe darse por notificado “de cuanto precisara para su cabal conocimiento,”¹³³ lo que aplicamos en el sentido de que si la administración advierte que se ha dado por notificado espontáneamente, pero sin un cabal conocimiento del acto, debe admitir, en homenaje a la buena fe, que la notificación es inválida y que puede recurrir. Se requiere un “pleno conocimiento” del acto, para que ello supla la notificación oficial administrativa.¹³⁴

La ley austríaca rechaza la posibilidad de perfeccionar el acto por un conocimiento no oficial de éste y considera, en todos los casos de falta de formal notificación administrativa, que no ha vencido todavía el término para recurrir.¹³⁵ Ése es el criterio consagrado de antaño entre nosotros por la Procuración del Tesoro de la Nación.¹³⁶ No es dable “suplir dicha notificación por el conocimiento —tal vez limitado, fragmentario, etc.— que pudieran haber tenido las interesadas.” Si la resolución “no había sido fehacientemente comunicada y conocida,” “La duda debe favorecer al administrado” y el acto debe tenerse por no notificado.¹³⁷

La expresa manifestación de voluntad del interesado de darse por notificado de un acto defectuosamente comunicado no purga el vicio de la notificación, sino que constituye una notificación nueva. Ello es evidente si se toma en cuenta que el vicio de la notificación en esos casos (*v. gr.*, omisión de transcribir parte del acto) acarrea casi seguramente la nulidad, por lo que la eventual anulación del acto de notificación debe producir efectos retroactivos,¹³⁸ o sea, que tal vicio es insanable. Las normas citadas, que dan efecto a la notificación espontánea del particular a partir de su propia fecha, cuando hay una previa notificación inválida, implican negar efecto jurídico a tales notificaciones irregulares, pues ellas *per se* no son consideradas siquiera existentes.

¹³³Tribunal Supremo español: MARTÍN-RETORTILLO, *Nuevas notas...*, *op. cit.*, p. 133. Comp. GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 531. Lo relativo a este “conocimiento” del contenido del acto se encuentra en el actual texto del art. 58, inc. 3° que ha merecido reparos: GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, p. 1093; GARRIDO FALLA, y FERNÁNDEZ PASTRANA, JOSÉ MARÍA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Madrid, Civitas, 1995, 2ª ed., p. 141 y ss.

¹³⁴ZANOBINI, *op. cit.*, p. 70; NAI, *op. cit.*, p. 20; Consejo de Estado italiano, sentencia del 4 de abril de 1962, *Il Consiglio di Stato*, año XIII-4,752: el “pleno conocimiento” implica “exacta cognición de todos los elementos esenciales y fundamentales del procedimiento mismo.”

¹³⁵HELLBLING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, Manzschke, 1953, p. 387.

¹³⁶Una demostración más acerca del nacimiento de los principios del procedimiento administrativo antes de la sanción del decreto-ley 19.549/72. En contra CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 3-4.

¹³⁷PTN, *Dictámenes*, 86: 404. Es también el criterio de la Ciudad de Buenos Aires, en tanto no admite el saneamiento de la notificación irregular en virtud del conocimiento del acto que pudiera haber tenido el particular. (Art. 64 del decr.1510/97, ratificado por res. 41/98 de la Legislatura.)

¹³⁸VIVANCOS, *op. ult. cit.*, p. 131; PERA VERDAGUER, FRANCISCO, *Jurisprudencia administrativa y fiscal*, Barcelona, 1960, p. 25; GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, *op. cit.*, p. 141 y ss.

12. *Obligación de notificar*

Las legislaciones suelen regular de manera puntual, enunciativamente o no, los casos en que los actos administrativos de carácter particular deben obligatoriamente ser notificados a los interesados.

Sin embargo, resulta bastante claro que *todos* los actos con pretensión de producir efectos jurídicos requieren *siempre* tal notificación para que los efectos se produzcan y el acto nazca al mundo jurídico.¹³⁹ La confusión proviene del concepto de acto administrativo que a veces se toma como fuente. Para nosotros, acto administrativo es el que produce efectos jurídicos y como no puede producirlos sin publicidad (notificación), no existe “acto administrativo” productor de efectos jurídicos que sea tal sin notificación al interesado.¹⁴⁰

Todo acto individual que la administración quiera que sea oponible a las partes, e incluso jurídicamente existente, tiene que notificarlo. No hay otra forma de quedar legalmente informado y ser oponible el acto, que mediante la notificación expresa, regular y válida. Por ello no tiene sentido teórico ni práctico regular supuestos casos de notificación ya que *todos* los actos destinados a producir efectos jurídicos deben ser notificados en debida forma. La única distinción empírica que puede postularse es la explicada *supra*, § 10.3, en el sentido de que ciertas notificaciones tienen requisitos adicionales de validez, cuando de ellas se pretenda sacar como consecuencia que el particular perderá, pasado cierto tiempo, el acceso a la justicia. En esto cabe recordar la discusión acerca de si el acto nace al mundo jurídico recién cuando es apto para producir efectos jurídicos directos, lo cual ocurre con la notificación, o si —en cambio— resulta conceptualmente posible decir que el acto administrativo como acto jurídico puede ya existir antes de la notificación, sin perjuicio de no resultar oponible respecto de los destinatarios.¹⁴¹

Nuestra posición es la indicada en primer lugar. Por ello para nosotros la discusión carece jurídicamente de solidez: *todo* acto administrativo, por definición, necesita de la notificación para ser productor de efectos jurídicos.¹⁴² De todas

¹³⁹ En el criterio que criticamos se encuentran el RN, art. 39; Córdoba, 56; Corrientes, 272; Chaco, 45; La Pampa, 44; Mendoza, 149; Salta, 146. En el derecho comparado se establece correctamente que todo acto que produce efectos jurídicos debe ser notificado: así el art. 41 inc. 1º de la ley alemana. En forma similar el art. 48 de Uruguay establece que toda decisión definitiva debe también notificarse.

¹⁴⁰ Ver SOTO KLOSS, “L’entrée en application de l’acte administratif,” en *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX*, t. IV, Madrid, 1969, pp. 683 y ss., 734, 759/761; “La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República,” en *La Contraloría General de la República*, Santiago, Universidad de Chile, 1977, pp. 165 y ss., 176; *supra*, t. 3, cap. II, “El acto administrativo como productor de efectos jurídicos.”

¹⁴¹ Explicamos esta cuestión en el t. 3, cap. II, § 2.3, “La cuestión de la notificación.” Ver también la jurisprudencia citada en GORDILLO (dir.), *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., comentario al art. 11, secc. II, § 1, pp. 144-6 y notas 388-91; GORDILLO y DANIELE (dirs.), op. cit., pp. 153-6.

¹⁴² GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 2ª ed., pp. 235-6; SOTO KLOSS, op. loc. cit.; BUJ MONTERO, MÓNICA, “El acto administrativo: Elementos,” en el libro de FARRANDO (H.) y MARTÍNEZ, Directores, *Manual de Derecho Administrativo*, Depalma, 1996, p. 199. MERTEHIKIAN, nota a *Frávega*, Sala I, RAP, 210: 165 (Buenos Aires, 1995); comp. CSJN, *Fallos*, 288: 172, *Pasik y Cia. SACIF e I*, 1974; 306-2: 1670, *Juan Pedro Bustos*, 1984; 307-1: 321, *Walter Beiral*, 1985; 307:321.

maneras, al expresar la reglamentación y las leyes que deben ser notificados todos los actos que “en alguna medida afecten derechos subjetivos o intereses legítimos,”¹⁴³ están diciendo, de otro modo, lo mismo: que *todos* los actos productores de efectos jurídicos requieren ser notificados para existir.¹⁴⁴

¹⁴³Reglamento nacional, art. 39, inc. *b*) *in fine*; Ciudad de Buenos Aires, art. 59; Corrientes, 272, inc. *b*); La Pampa, 44, inc. *b*); Mendoza, 149, inc. *b*); Salta, 46, inc. *b*) del reglamento.

¹⁴⁴El principio está correctamente legislado en la ley alemana de procedimiento de 1976, art. 41, inc. 1º; Uruguay, 48.

Capítulo VI

APERTURA A PRUEBA. MEDIOS DE PRUEBA¹

I. Apertura a prueba

1. Oportunidad de efectuar la apertura a prueba

El procedimiento puede iniciarse de oficio o a petición de parte. En el primer caso debe darse traslado a la parte interesada, a fin de que haga su descargo y produzca la prueba de que quiera valerse, sin olvidar que la carga de la prueba recae, en buenos principios, sobre la administración.² Ya vimos³ que el principio de la audiencia debida requiere que la prueba se produzca *antes* de la toma de decisión; *a fortiori*, la administración debe expedirse sobre la producción o en su caso denegación de la prueba, todo ello con carácter previo a la emisión del acto.⁴ Además de las razones jurídicas deben tomarse en cuenta consideraciones de buena administración. No hay discrepancia en la práctica administrativa en admitir que la debida audiencia y por lo tanto la oportunidad de producir prueba

¹ Ver cap. VII, § 1.1, “La realidad,” *supra*, t. 2, cap. I, “La prueba de los derechos,” “La prueba en el derecho procesal administrativo,” LL, 1996-A, 1398; A.A.V.V., *Contencioso administrativo*, Caracas, EJV, 1995, p. 301 y ss.; ABERASTURY (H.), PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, cap. VII, pp. 99-111; HUTCHINSON, TOMÁS, “Breve análisis de los principios de la prueba en el procedimiento administrativo,” ED, 125: 850; ANDREUCCI, CARLOS ALBERTO, “Prueba y procedimiento administrativo,” en A.A.V.V., *Procedimiento administrativo*, Bs. As., C.A., 1998, pp. 421-31; DE KEMMETER, ALEJANDRO PABLO, “La importancia de la prueba en el procedimiento administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, CA, 1998, p. 400 y ss.; CARRIÓ, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995; CUETO RÚA, JULIO CÉSAR, *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 159 y ss.

² *Incumbit probatio qui dixit, non qui negat*, recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Thomson/Civitas- La Ley, Buenos Aires, 2006, cap. XXII, § VI-2-C, a, p. 507. Desde luego, los administrados y letrados experimentados no se duermen en los laureles y hacen ellos mismos cuanto aporte probatorio sea necesario a la defensa de sus derechos e intereses. Es una precacuión elemental, casi lo mismo que guardar copias del expediente.

³ Ver *infra*, t. 2., cap. IX, §10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa).”

⁴ ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, pp. 100 y 102, § 4.1; ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo formal*, Valencia, Venezuela, Vadell, 1998, 3ª ed., p. 294.

de descargo, debe existir en *alguna* etapa del procedimiento.⁵ Sin embargo, a veces dudan los funcionarios de inferior jerarquía acerca de si es posible realizar dicha audiencia y prueba recién en una etapa final (cuando se tramita el recurso jerárquico), intermedia (cuando se tramita el recurso de reconsideración) o si, en cambio, debe realizársela ya desde la etapa inicial (antes de tomarse decisión alguna sobre el problema planteado, por la autoridad que entiende originariamente del asunto.) La cuestión jurídica está resuelta por el art. 1º, inc. f), del decreto-ley, igual que en el derecho español, “La simple alegación por el interesado de un hecho determinado coloca a la Administración en la alternativa de aceptarlo como cierto o de abrir un período de prueba para resolver la discrepancia en caso contrario.”⁶ No está en discusión que para una mayor eficiencia administrativa la audiencia del interesado y la apertura a prueba deben hacerse en la primera oportunidad administrativa,⁷ antes de resolver sobre el fondo de la cuestión. Pero no ocurre así en la realidad, como veremos.

2. *Ejemplo de expediente mal llevado por no realizarse oportunamente la apertura a prueba*

Piénsese en un expediente común:⁸ El particular pide un permiso, una autorización, un préstamo, etc., porque se considera encuadrado en tal o cual artículo de una ley o decreto; o inversamente, la administración piensa aplicar una sanción al particular, por considerarlo incurso en violación o incumplimiento de alguna disposición legal o reglamentaria. La administración pide informes a una oficina, tal vez luego a otra; realiza si acaso una pericia y, previa presentación ocasional del interesado rebatiendo o intentando rebatir lo que resulta de los informes y peritajes, se pasa el expediente al asesor letrado. Éste considera lo afirmado en los informes y pericias y sopesando su carácter público y oficial⁹ frente a las simples manifestaciones de un particular, considera que las primeras contienen

⁵ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, 1ª ed., p. 644; 5ª ed., p. 698.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. loc. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, 1ª ed., p. 320 y 2002, 2ª ed., p. 328.

⁷ Conf. MARIENHOFF, *op. cit.*, 1ª ed., p. 645; 5ª ed., p. 698. ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, pp. 99-100. *Supra*, t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa).” El particular tiene el derecho de producir prueba también ulteriormente, pues no hay preclusión procesal al respecto: ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, p. 169. En realidad, en tanto se trate de prueba documental, se la puede agregar en cualquier instancia del procedimiento, pues aunque ella no retrotraiga desde luego el procedimiento, sirve al menos para mejor ilustración de las autoridades superiores y en su caso de la justicia cuando le toque intervenir. También en esto el administrado o letrado diligente piensa continuamente qué otros aportes probatorios puede realizar para mejorar su posición en el expediente: Informes económicos o contables pedidos a profesional independiente, y virtualmente todos los medios de prueba que se limiten a incorporar documentos al procedimiento.

⁸ Ver nuestro art. “La prueba,” *op. cit.*

⁹ Respecto al supuesto carácter de “instrumento públicos que algunos le asignan impropriamente al expediente administrativo, ver *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos.”

la verdad de los hechos¹⁰ y dictamina en consecuencia. Sobre la base de su dictamen se toma una decisión administrativa y se dicta el correspondiente acto. El particular presenta un recurso de reconsideración, insistiendo en puntos de hecho y de derecho. Salvo que sea patente el derecho del particular, se lo rechaza, de plano o tal vez previo informe del asesor letrado que aconseje su rechazo; el particular interpone ahora recurso jerárquico. El recurso jerárquico llega por fin al órgano competente para resolverlo,¹¹ donde la Dirección Asuntos Legales, al no poder establecer los hechos con más exactitud que quienes la han precedido y a menos que por lo endeble de las afirmaciones y decisiones administrativas y lo convincente de los argumentos del peticionante pueda resolverse favorablemente su pedido, debe inclinarse a aconsejar su rechazo. En dicho procedimiento la Administración obvia las prescripciones del art. 78 DL en tanto establece que “el organismo interviniente, de oficio o a petición de parte interesada, podrá disponer la producción de prueba cuando estimare que los elementos reunidos en las actuaciones no son suficientes para resolver el recurso.” Si a pesar de ello hay dudas acerca de la exactitud de la solución, es posible que se pase el expediente a la Procuración del Tesoro de la Nación, donde ha de ocurrir exactamente lo mismo: Que a menos que lo actuado administrativamente sea claramente inexacto, o resulte irrazonable, no puede en rigor hacerse prevalecer los simples escritos del particular.

3. Consecuencias prácticas de ese procedimiento defectuoso

Sin embargo, es posible que el particular tenga en realidad razón y simplemente no ha podido convencer a la administración porque ésta no le ha dado oportunidad de producir la prueba que la podía demostrar. Ahora, en el más alto grado de la jerarquía ¿puede esperarse que a tal altura del expediente, cuando se han acumulado informes, pases, notas, constancias, dictámenes de asesorías letradas y decisiones fundadas, escritos del particular, recursos y más dictámenes letrados y decisiones fundadas, se mande racionalmente abrirlo a prueba? ¿No parece incomprensible e injustificable, que después que toda la administración ha actuado, después que se han tomado decisiones, emitido dictámenes, realizado actuaciones, *se vaya a averiguar cuáles son los hechos sobre los que versa el expe-*

¹⁰ Salvo que el informe o pericia sea evidentemente superficial o arbitrario, ilógico, irrazonable; pero no teniendo ninguno de esos vicios, el asesor letrado se encuentra a veces obligado a atenerse a él, en ausencia de otros elementos de juicio en contrario. Esto no significa, que esta actitud esté libre de reparos ya que en verdad el asesor debiera negarse a dictaminar, habiendo hechos controvertidos o no aceptados expresa o implícitamente por el administrado y solicitar previamente la producción de la prueba. Pero esto no hace sino enfatizar el indispensable rol probatorio que deben cumplir, en su propio interés, las partes intervinientes, estando atentos a las dudas que los funcionarios públicos puedan ir planteando en el expediente, y entonces procurar producir los instrumentos necesarios para despejarlas. También, desde luego, cuando con posterioridad a las propias partes se le ocurren nuevos medios de prueba que puedan sustentar su posición, debe producirlos documentalmente. No porque sea su obligación, sino porque es su derecho y le conviene ejercerlo.

¹¹ Ver *infra*, cap. X, “El recurso jerárquico.”

diente? Y si efectivamente se abre a prueba el expediente,¹² ¿no es otra cosa que irrazonable y estéril haber llevado todo un expediente para *averiguar recién al finalizar, lo que debía considerarse de él, qué era aquello sobre lo que las decisiones y dictámenes precedentes debían haber versado?* Si al terminar el expediente se advierte que los hechos del caso no eran lo que decían los informes o el peritaje inicial, resultará que todo fue un esfuerzo inútil para desembocar en la nada. El estudio del caso comienza así en la última instancia, a *la que precisamente no correspondía hacerlo*; no hay ya ahora oportunidad de que analicen el caso las instancias inferiores, *que eran precisamente las que debían haberlo hecho.*

4. Ejemplo de tramitación correctamente efectuada

Si las actuaciones, tanto en su faz inicial como en las sucesivas etapas que puedan presentarse, han de versar sobre una situación de hecho que el particular afirma que es inexacta, lo lógico es que esa controversia sobre los hechos sea concreta y definitivamente aclarada *antes de proseguir con trámite alguno* en el expediente.¹³ La forma de aclararla es abrir a prueba la cuestión por un período que puede ser de quince o más días,¹⁴ notificando al particular de la iniciación del término durante el cual puede ofrecer las pruebas que considere pertinentes a su derecho y proceder inmediatamente después al diligenciamiento de la prueba ofrecida —siempre que ésta sea razonable— y de la que la administración por su parte considere oportuna. Terminado el diligenciamiento de la prueba y habiendo tenido el particular una oportunidad de alegar sobre la prueba producida, la administración puede seguir adelante con el procedimiento, sin que exista ya razonablemente temor alguno de estar trabajando en falso. El particular ya ha ofrecido su prueba, la ha diligenciado y ha argumentado sobre ella. Ahora la administración puede decidir, con todos los elementos de juicio necesarios, cuál es la verdad de los hechos sobre los cuales va a tomar la decisión.

Es muy posible incluso que el particular, ante una decisión inicial que desecha razonada y ordenadamente sus argumentos, mostrando cómo ellos carecen de asidero sobre la base de la prueba producida, desista de seguir con el fatigoso

¹² Generalmente la inercia administrativa es grande y si no son los propios asesores letrados los que reclaman la apertura a prueba antes de emitir su dictamen, los funcionarios ejecutivos casi nunca la disponen por iniciativa propia. Pero ello no es una consecuencia más de la inercia social generalizada en materia de control del poder público.

¹³ Señalan GARRIDO FALLA, FERNANDO y FERNÁNDEZ PASTRANA, JOSÉ MARÍA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la ley 30/1992)*, Madrid, Civitas, 1995, 2ª ed., p. 297: “Se ha dicho [...] que el principio de oficialidad modula de forma importante la carga de la prueba [...] en la medida en que (la Administración) viene expresamente obligada a abrir un período de prueba, siempre que exista contradicción sobre los hechos;” GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. loc. cit.*; ley española, art. 80.2. Ver el reflexivo desarrollo que hace DE KEMMETER, *op. loc. cit.*, y demás autores citados en la nota 1 del cap. VII.

¹⁴ Se ha afirmado también que, pese a que el reglamento calla sobre la facultad de la administración de fijar plazo para ofrecer pruebas, ello no es óbice para que así se haga: HUTCHINSON, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 176.

expediente hasta llevarlo al Poder Ejecutivo. Al fin y al cabo, una cosa similar sucede en la justicia, donde más de un letrado o litigante advierte ya al terminar el juicio en primera instancia que no le asiste razón, o por lo menos no tanta como creía al principio y desiste de llegar hasta la Corte Suprema. Y si ello sucede así, esta oportuna apertura, ofrecimiento, producción y consideración de la prueba, hace innecesario recargar luego las etapas posteriores con cuestiones de hecho dudosas o controvertidas que dificultan, cuando no inutilizan, los dictámenes y decisiones siguientes. En efecto, cuando el particular plantea el recurso de reconsideración y cuando más tarde se decide el recurso jerárquico ya estará clarificada la situación de hecho y solamente habrá de discutirse sobre el derecho aplicable o las conveniencias de interés público; habrá pues una decisión rápida y sencilla.

Por excepción podría plantearse una cuestión probatoria en la segunda o tercera instancia administrativa, cuando el órgano inferior hubiese denegado arbitrariamente la producción de pruebas ofrecidas por el particular, o cuando se hubieran producido hechos nuevos o descubierto pruebas desconocidas al momento de realizarse la oportuna producción de las pruebas, o cuando el particular quiera ampliar la prueba ofrecida y producida, o lo haga de oficio la administración. Pero todas estas posibilidades son evidentemente muy poco frecuentes cuando se ha diligenciado ya a conciencia toda la prueba pertinente a los hechos controvertidos.

5. Consecuencias prácticas de este procedimiento

Así, en lugar de plantearse y posponerse en cada instancia la controversia sobre los hechos; en lugar de dictarse decisiones administrativas sobre hechos que a lo mejor se prueba luego que no son exactos; en lugar de emitirse dictámenes letrados sobre asuntos que no están claramente especificados o que están mal planteados en lo que a los hechos se refiere; en lugar, en definitiva, de hacer correr el expediente inútilmente, debe abrirse a prueba en la primera oportunidad en que surjan los hechos controvertidos y *antes de dictarse decisión alguna que esté motivada sobre esa situación de hecho*.

De esa forma se tendrá una decisión inicial que descansará sobre base firme y que habrá podido apreciar correctamente el juego de los intereses públicos y privados en el caso; se tendrá luego *un recurso claro y expeditivo*, por la mayor sencillez y mejor planteo de las cuestiones a resolver; se tendrán finalmente dictámenes letrados y resoluciones o decretos finales que podrán dictarse *sin necesidad de laboriosos estudios del expediente, sin necesidad de esfuerzos imaginativos acerca de qué es lo que efectivamente ha ocurrido allí* y sin necesidad, en suma, de derrochar tiempo y esfuerzo en encarar problemas que podrían venir solucionados desde su iniciación.

Cuando en un procedimiento hay hechos que la administración aprecia de una forma y el particular de otra, debe darse la oportunidad de ofrecer y producir la prueba de que quiera valerse. Esta apertura a prueba, por un criterio de eficacia y

de racionalización,¹⁵ debe hacerse en la primera oportunidad, antes de adoptarse decisión sobre el fondo. Después ya es demasiado tarde, muchas veces, para que el órgano interviniente se anime a rectificar el error cometido.

6. Aceptación del criterio propuesto

Este criterio que de antaño hemos propugnado,¹⁶ ha sido recibido por la Procuración del Tesoro: “en éste, como en todos los casos en que se plantean controversias de hecho, *se considera conveniente abrir las causas a prueba en la misma oportunidad en que se produzcan las diferencias*. Con ello, a más de garantizarse desde un principio el derecho de defensa del administrado, se logrará una mayor racionalización y eficacia en los trámites administrativos, dado que los funcionarios que deban expedirse dispondrán de una información completa.”

“Ese proceder es asimismo aconsejable por razones de economía procesal ya que, aclaradas las cuestiones de hecho planteadas en la misma instancia en que tengan lugar las divergencias, los dictámenes y resoluciones que se produzcan y adopten *a posteriori*, se fundamentarán en bases más sólidas y por lo tanto, es factible que en muchos casos sean consentidos evitándose trámites y recursos que no siempre resultarán indispensables al esclarecimiento de los problemas planteados.”¹⁷

El criterio que sostuvimos entonces y venía también preconizado de antes por GONZÁLEZ PÉREZ¹⁸ ha sido posteriormente aceptado por MARIENHOFF¹⁹ y ESCOLA,²⁰ entre otros. El art. 46 de la reglamentación no indica expresamente en qué momento ha de resolverse la apertura a prueba, salvo por la indicación de que ha de hacerse tanto de oficio como a pedido de parte. Sin embargo, la cuestión ha de considerarse resuelta *ex ante* por el inc. f) del art. 1º del decreto-ley 19.549/72, que al establecer la obligación de la administración de oír *antes* al interesado (ap. 1º) y de producir la prueba pertinente (ap. 2º) y *luego* tomar en cuenta en la decisión las principales cuestiones debatidas y probadas (ap. 3º), sienta entonces el principio de que esta audiencia y todo lo que ella implica incluida la producción de la prueba y su argumentación, debe hacerse *antes* de emitir actos que puedan

¹⁵ Que a veces parecen imposibles. Ver nuestro libro *La administración paralela*, Madrid, Civitas, tercera reimpression, 2001; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Cuando la burocracia se insubordina,” *LL*, 2000-C, 544, p. 5; CNPenal Económico, Sala B, *Agroplatina S.A., LL*, 2000-B, 51, año 1999.

¹⁶ Nuestro art. “La apertura a prueba en el procedimiento administrativo,” aparecido en la *RAP*, 1: 45, Buenos Aires, INAP, 1961.

¹⁷ PTN, *Dictámenes*, 76: 327.

¹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, p. 469; *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, op. cit., 4ª ed., pp. 689-90; *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 321 y 2ª ed., p. 329.

¹⁹ MARIENHOFF, op. cit., p. 644; 1995, 5ª ed., p. 698: “lo plausible es abrir a prueba lo cuestionado en el expediente en la «primera» oportunidad en que surjan los hechos controvertidos: esto tiende a la eficacia administrativa y al mayor respeto hacia el derecho del administrado.”

²⁰ ESCOLA, JORGE, *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 305. Comp. FRANCO SOBRINHO, op. cit., p. 176.

lesionar derechos o intereses de los administrados.²¹ En la práctica, sin embargo, la administración no lo hace. Es el particular quien debe suplir esa omisión mediante su propia iniciativa, con el aporte de prueba producida privadamente por él; es él quien debe llenar ese vacío²² y puede seguirlo haciendo hasta iniciar la vía judicial²³ y aun después.²⁴

II. Modalidad de la apertura a prueba

7. Producción informal de la prueba

Lo expuesto, no excluye la informal producción de prueba por el administrado en cualquier oportunidad, *v. gr.* a través de la producción privada de la prueba, pues puede ocurrir que la administración rechace, u omita ordenar, toda prueba que no sea documental. Bueno es recordar la conveniencia de proceder con el mínimo de formalismos, que son tan estériles para el interés público como para la propia administración y perniciosos para el individuo. Por ello es habitual afirmar que en el procedimiento administrativo impera el principio de la flexibilidad probatoria,²⁵ o más aun del antiformalismo.²⁶ En cuanto a la producción de la prueba correspondiente a la administración, ella puede ser efectuada por los mismos órganos inferiores que tramitan el recurso, o también, sin duda, por la autoridad superior que debe decidir;²⁷ en este último caso tendríamos intermediación en el procedimiento, pero constituye un caso relativamente raro. También puede producirse la prueba de la administración a través de cualquier otra autoridad administrativa a la cual se le encargan o delegan los actos de instrucción que

²¹ Más aun, debe serlo al comienzo del procedimiento. Tanto es ello así que BERTI, GIORGIO, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padua, CEDAM, 1994, 3ª ed., p. 314, compara el inicio del procedimiento administrativo al inicio de un proceso judicial con una demanda: hacen falta los presupuestos jurídicos y fácticos, hay que llegar a la “realidad sustancial,” para no tener “un inútil inicio del procedimiento” (*op. cit.*, p. 315.)

²² Ver *infra*, § 7, “Producción informal de la prueba,” 19.2, “Informes de personas no estatales,” 22.7, “La oralidad del testimonio,” 22.8, “¿Prueba testimonial producida por escrito?,” 26.2, “Procedimiento formal o informal” y cap. VII, § 10.1, “Producción privada de la prueba,” *supra*, t. 2, cap. I, § 3.5, “Producción privada de la prueba.”

²³ En igual sentido la ley venezolana y ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, p. 294.

²⁴ Con las limitaciones empíricas que explicamos en el cap. I del t. 2.

²⁵ P. ej. RONDÓN DE SANSO, HILDEGARD, *El procedimiento administrativo*, Caracas, EJV, 1976, p. 97: “el procedimiento administrativo [...] rechaza la rigidez y el hermetismo del proceso civil en materia de pruebas;” CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Acerca de la conexión y diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso civil,” *LL*, 1990-C, 967.

²⁶ ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, p. 131; ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1965, p. 246, su “antiformalismo.” A nivel de teoría general del derecho son fundamentales los trabajos del libro de TANZI, ARISTIDE, *L'Antiformalismo giuridico*, Milán, Cortina, 1999.

²⁷ GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1966, p. 52. Un caso especial es aquél en el cual el órgano autor de un acto impugnado jerárquicamente, fuera él mismo órgano instructor del recurso interpuesto contra su propio acto: nosotros consideramos inadmisibles esta solución, porque atenta contra la imparcialidad del procedimiento, pero ella ha sido admitida excepcionalmente, en nuestra práctica, cuando se impugnan por recursos jerárquicos actos de un secretario de Estado.

fueren necesarios,²⁸ aunque con los debidos recaudos de citación y control de los interesados.²⁹ En lo que se refiere a la prueba del administrado, se ha ido generalizando últimamente la práctica de producirla privadamente e incorporarla³⁰ en forma documental al expediente, sujeto desde luego a su confrontación o nueva producción en caso necesario.³¹ Así p. ej. el particular aporta una declaración escrita, o un documento técnico o pericia producido especialmente para el expediente de que se trata, o un informe de otra repartición pública nacional, provincial o municipal, o de entidades públicas no estatales o privadas.³² En estos casos, si bien no ha existido *stricto sensu* la formalidad exacta de la prueba testimonial, pericial, etc., respectivamente, de todos modos la administración puede apreciar conforme al principio general de valoración de las pruebas su fuerza de convicción y en caso de estimarlo conveniente puede llamar al firmante a ratificarse, dar ampliaciones o aclaraciones, etc., o recabar nuevos informes de las entidades que los han brindado directamente a pedido del particular.³³ En el procedimiento impositivo, el art. 174 de la ley 11.683, t.o. 1998, establece que “Las diligencias de prueba se tramitarán directa y privadamente entre las partes o sus representantes y su resultado se incorporará al proceso,” norma ésta que hasta ahora no ha sido suficientemente aprovechada por las partes intervinientes.³⁴

En ambos casos, estimamos que la utilización por los individuos del método de producción privada de la prueba agiliza notablemente el procedimiento administrativo, ahorrando costo y tiempo también a la administración. Sirve por tanto igualmente al interés público y de la administración como al del particular; el contralor de la administración no queda excluido pues ésta tiene siempre, desde luego, la oportunidad de hacer producir nuevamente la prueba cuya fuerza de

²⁸ GIANNINI, *op. cit.*, p. 52.

²⁹ *Infra*, cap. VII, § 10, “Producción concreta de la prueba. Modalidades” y 11, “Control de la prueba.”

³⁰ El momento de la incorporación es, idealmente, antes de la decisión, pero ello no implica que se pierda el derecho de hacerlo posteriormente. Conf. ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, p. 169.

³¹ Para MORELLO, AUGUSTO MARIO esta posibilidad del trámite administrativo podría incluso ser incorporada en el proceso judicial, como desarrolla en “Experiencias del procedimiento administrativo que pueden contribuir al mejoramiento del proceso civil,” LL, 1987-A, 1097: “la realización de la prueba por esta forma no sólo agilizaría notablemente al proceso judicial civil, ahorrándole costos, tiempo y espacio, sino que además generaría una docencia de cooperación [...] que coadyuvarían a su simplificación.” Igualmente, acerca de las prescripciones específicas en torno a la prueba privada, ver CASSAGNE, *op. ult. cit.*, p. 967, esp. p. 974.

³² Ampliar *infra*, § 22.7, “La oralidad del testimonio” y cap. VII, § 10.1, “Producción privada de la prueba.”

³³ Lo que *no* se puede hacer es prescindir del esfuerzo probatorio y avanzar en la teoría, desconectada del caso, pues se recaerá en los formalismos del pasado. Ver TANZI, ARISTIDE (a cargo de) *L'antiformalismo giuridico*, Milán, Cortina, 1999, esp. TREVES, RENATO, “L'esperienza giuridica,” en el mismo libro, p. 81 y ss. Nos remitimos al cap. I del t. I y cap. I del t. 2.

³⁴ FREYTES la consideró en sus orígenes “letra muerta” aun “cuando el procedimiento era informal,” en “Nueva reforma de la ley de procedimiento tributario. Exposición y comentario de la ley n. 20.626,” *Derecho Fiscal*, XXIII: 753, 780, a quien recuerdan GIULIANI FONROUGE y NAVARRINE, *Procedimiento Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1997, 6ª ed., p. 717 y ss.

convicción no le satisfaga suficientemente o respecto de cuya producción abrigue fundadas y razonables dudas.

8. *Producción de informes previamente a la eventual apertura a prueba*

En este sentido, puede recordarse que a veces es la misma administración la que da un sesgo informal a la producción de la prueba, para que ello redunde en una mayor agilidad del trámite y facilidad de defensa del particular.

Se ha resuelto en algunas oportunidades, p. ej., ordenar de oficio la producción de algunos informes faltantes en las actuaciones, no habiéndose aun abierto a prueba el recurso y dar traslado de tales informes al interesado, para que, si éste expresamente lo solicita, se abra a prueba formalmente el recurso. Esta forma de encarar la apertura a prueba, flexible y original, ha sido propuesta en los siguientes términos: “Ahora bien, para dilucidar las cuestiones de hecho antes determinadas sería necesario abrir a prueba el recurso.”

“Sin embargo, como la información técnica producida al respecto en el expediente no es todo lo completa que el caso requiere, considero conveniente que con carácter previo, se remitan las actuaciones a [...] a fin de que por intermedio de las dependencias técnicas competentes se expida sobre los puntos indicados. Una vez que la Repartición aludida produzca la información requerida en el plazo que se fijara al efecto, correspondería que en la Secretaría de Estado de [...] se corriera vista de aquella a la recurrente, a fin de que —dentro del término que se le acuerda— produzca las alegaciones que considere pertinentes. En su caso y si así lo solicitare el recurrente, en aquella oportunidad corresponderá abrir a prueba el recurso sobre los puntos indicados más arriba.”³⁵

9. *Quién dispone la apertura a prueba*

Si bien, como ya quedó dicho, pueden ofrecerse y producirse pruebas de manera informal y sin una disposición expresa en ese sentido, también puede disponerse mediante un acto concreto la formal apertura a prueba de las actuaciones. En el caso de la apertura a prueba dentro del trámite del recurso jerárquico, esta decisión es tradicionalmente de competencia del ministro o del secretario de Estado;³⁶ en los demás casos la decisión corresponde a la autoridad que se encuentre facultada para dirigir el trámite del expediente: existiendo instructor, a éste le toca hacerlo.³⁷ Esta cuestión replantea el tema de la inexistencia de funcionario alguno responsable de la dirección del procedimiento en los recursos administrativos y también de la ya hoy excesiva concentración de actos meramente procedimentales para “la firma” del ministro o secretario de Estado correspondiente. Una forma

³⁵ PTN, *Dictámenes*, 79: 87, en razonamientos que se encuentran vigentes.

³⁶ Decr. 7520/44, art. 8°, PTN, *Dictámenes*, 81: 282; 85: 247; MARIENHOFF, *op. cit.*, 5ª ed., p. 761.

³⁷ Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, *op. cit.*, p. 470; *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 321 y 2ª ed., p. 329; *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 684.

de resolver ambos problemas de manera simultánea sería la de dictar normas en cada ministerio, delegando o desconcentrando en las direcciones de asuntos jurídicos, en materia de recursos administrativos, la dirección del procedimiento y la consiguiente adopción de todas las medidas de trámite que correspondan.

10. *La apertura a prueba y la fijación de los hechos a probarse*

Dado el principio de amplitud que impera en cuanto al ofrecimiento y producción de pruebas por parte del interesado, sería jurídicamente inadmisibile que el acto que dispone la apertura a prueba pretendiera limitar *a priori* cuáles serán los hechos o circunstancias sobre los que *debe* producirse la prueba. Sin embargo, consideramos conducente a un mejor ordenamiento del procedimiento tanto en lo que hace a la defensa del interesado como a la eficacia de la decisión administrativa, el que se adopte en esta oportunidad un criterio similar —aunque no igual— al que se siguió en algunos procedimientos especiales, p. ej. el impositivo. En éste, en efecto, la ley 11.683³⁸ preveía³⁹ en su art. 169 el acuerdo de las partes acerca de: “el contenido preciso y naturaleza de la materia en litigio,” las “cuestiones previas cuya decisión pondría fin al litigio o permitiría resolverlo eventualmente sin necesidad de prueba” y los “hechos que se tengan por reconocidos”⁴⁰ de lo que se desprende también, como es obvio, los puntos concretos de divergencia en cuanto a los hechos. No obstante la supresión aludida, se trata en cualquier caso del normal ejercicio de las facultades del tribunal, libradas a la voluntad del órgano jurisdiccional o a la iniciativa de las partes.⁴¹ Esta posibilidad de acuerdo “no significa que deba transigirse sobre puntos [...] de hecho sino, únicamente, que su finalidad es facilitar la tarea de juzgar.”⁴² En sentido similar, sería prudente que el órgano que dispone la apertura a prueba: *a)* en caso de serle factible, citara a la parte interesada para discutir verbalmente los puntos sobre los que habrá de versar la prueba principalmente (no exclusivamente); o los puntos sobre los que no será necesario prueba, por constarles a la administración o al administrado; *b)* en el evento de no poder hacerlo, indicará de todos modos en el acto por el que dispone la apertura a prueba, cuáles son los hechos sobre los que la administración estaría interesada en conocer la prueba que pueda producir la parte. Este tipo de orientación o de sugerencia —pues no otro carácter puede jurídicamente tener— puede ser útil para la administración y el administrado ya que puede ubicar a este último acerca de cuáles son los hechos que le preocupan a la administración y producir entonces prueba sobre ellos. Ello sirve tanto a una

³⁸ T.o. por el decr. 821/98.

³⁹ La ley 25.239 sustituyó este art., suprimiendo lo destacado en nuestro texto.

⁴⁰ Ello, sujeto a lo que decidiera el vocal instructor acerca del trámite a imprimir a la causa.

⁴¹ El escrito “Socilita medidas para mejor proveer” suele ser eficaz en este sentido, cuando el particular tiene algo interesante que sugerir o aportar.

⁴² Así lo consideraron GIULIANI FONROUGE, CARLOS M. y BELLO, JUAN E., *Procedimiento impositivo*, Buenos Aires, 1963, p. 225, en oportunidad de comentar el viejo art. 139 de la ley 11.683, que guardaba alguna analogía con el 169, t.o. 1998.

mejor defensa del interesado como a una mayor eficiencia administrativa ya que el administrado no producirá de tal manera pruebas que complicarán innecesariamente el procedimiento. Vale de todos modos la pena reiterar una vez más que la administración no está facultada para *limitar* los hechos sobre los que el particular puede ofrecer y producir prueba ya que no puede conocer sobre qué hechos fundará el recurrente su alegato y mal puede entonces anticiparse a él y predeterminar el objeto de la prueba. No deben confundirse, entonces, los hechos que la administración considera *a priori* relevantes para tomar su decisión (sobre los que, en consecuencia, sugiere la producción de prueba al particular) y los hechos no considerados *a priori* relevantes por ella, pero que pueden serlo para el particular y cuya producción no puede entonces denegarse.⁴³ La distinción es válida en el derecho español, cuya ley de procedimiento administrativo pudiera dar pie a la tesis contraria,⁴⁴ pero que ha sido interpretada en el sentido de que “el interesado puede libremente proponer la práctica de las pruebas conducentes a acreditar la certeza de los hechos que «él» considere relevantes.”⁴⁵

10.1. *Apertura a prueba para probar determinadas cuestiones de hecho*

En algunas situaciones no necesariamente corresponde abrir un sólo período probatorio para acreditar *todos* los hechos: puede también abrirse a prueba el expediente para acreditar determinada circunstancia concreta que la administración establece como necesaria en el estado en que se encuentre el procedimiento. Esto puede ser necesario cuando la situación es cambiante, o el tema tiene diversas facetas, o se ha resuelto limitar el análisis de la cuestión a uno de sus aspectos, sin perjuicio de entrar más adelante a considerar otros.

11. *La apertura a prueba, ¿constituye una facultad discrecional?*

Cuando el recurrente solicita la apertura a prueba, ya que el art. 46 del DL establece que la Administración “de oficio o a pedido de parte, podrá disponer la producción de prueba respecto de los hechos invocados y que fueren conducentes para la decisión.” Pero ello queda resuelto por el art. 1º del DL que le crea la obligación de respetar el derecho de defensa, incluido “ofrecer prueba y que ella se produzca.” Si el particular tiene el *derecho* a que la prueba se produzca, es entonces indiscutible, como lógica e ineludible consecuencia que corresponde a la administración la contrapartida del *deber jurídico* de producirla.⁴⁶ Este criterio viene también de antaño reconocido y así en un caso en que no se había hecho lugar originalmente a una solicitud en tal sentido, se expresó con toda claridad

⁴³ Comp. ESCOLA, *op. cit.*, p. 304. Ver *infra*, cap. VII, § 6, “El gobierno de la prueba no debe transformarse en un prejuzgamiento,” § 19, “La prueba de confesión del sumariado.”

⁴⁴ Así ESCOLA, *op. cit.*, p. 304, equívocamente a nuestro entender. Ver la nota siguiente.

⁴⁵ VIVANCOS, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, p. 144.

⁴⁶ Ampliar *supra*, t. 2, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva,” y III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

lo siguiente: “Considero que la actitud asumida por la administración es inconveniente por cuanto es indudable que, de plantearse una acción judicial con relación al caso que nos ocupa, las pruebas serán en definitiva las que fundamentarán la procedencia de lo peticionado en esa instancia. Por ello, previo a resolver en definitiva el caso planteado debe dársele al recurrente la oportunidad de producir la prueba que considere pertinente.”⁴⁷ En otras oportunidades se señaló que incluso aunque se considerara que la atribución de abrir a prueba el recurso es una facultad discrecional, de cualquier modo “no debe confundirse esa discrecionalidad con la arbitrariedad que podría significar la negativa a recibir toda prueba.”⁴⁸ Con lo cual la solución sigue siendo en buenos principios la misma.

No puede la administración negarse a recibir las pruebas que el particular quiere proponer para su defensa, disponiendo al efecto la pertinente apertura a prueba. GONZÁLEZ PÉREZ sostiene con acierto, desde el punto doctrinario, que si la administración decide no abrir a prueba el recurso debe entonces atenerse a lo manifestado por el interesado. Ha sostenido que “Es indudable que en el supuesto de que la administración no haga uso de esta facultad debe pasar por los hechos alegados por los interesados.”⁴⁹ Pues en definitiva, no puede su propia negligencia recaer sobre el administrado que es ajeno totalmente a ella. Es una aplicación elemental de la doctrina de los actos propios y del principio de buena fe, confianza debida o “legítima,” etc. Señala VIVANCOS que “la Administración tendrá la facultad de declarar que no ha lugar a recibir el expediente a prueba,” en el caso de “que [...] tenga por ciertos los hechos alegados.”⁵⁰

Pero una cosa es la teoría y otra la realidad, como siempre. La administración, en este como en otros supuestos, es en cambio en extremo renuente a abrir formalmente a prueba y más aun lo es, al extremo de la parálisis, para tomar declaraciones testimoniales fuera del ámbito de un sumario, pericias, etc. En la práctica, no queda otra solución que producir privadamente la prueba y aportarla como instrumental al expediente administrativo, ofreciendo su producción oficial. Si no le hacen lugar, al menos incorporó la documental al expediente y queda, entonces sí, como constancia y sustento de su versión de los hechos. Allí ha logrado invertir en la práctica, eficazmente, la carga de la prueba

⁴⁷ PTN, *Dictámenes*, 85: 248.

⁴⁸ PTN, *Dictámenes*, 98: 184; 90: 196.

⁴⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, op. cit., p. 468; *Comentarios...*, op. cit., p. 683; *Manual...*, op. cit., 1ª ed., p. 323 y 2ª ed., p. 331; ENTREÑA CUESTA, op. cit., p. 596; GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, op. cit., p. 297. Las legislaciones por lo general expresan el principio enunciando que “Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados [...] el instructor del expediente acordará la apertura de un período de prueba.” BACACORZO, GUSTAVO, *Ley de procedimientos administrativos*, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1996, 11ª ed., pp. 140-1, comentario al art. 76; el problema, empero, es entre nosotros “La inexistencia de un responsable del procedimiento,” cap. VIII, § 1.2. FRUGONE SCHIAVONE, HÉCTOR, “Principios fundamentales del procedimiento administrativo,” en *Procedimiento administrativo*, de PRAT, MARTINS, BRITO, FRUGONE SCHIAVONE y CAJARVILLE PELUFFO, Montevideo, ACALI Editorial, 1977, p. 30; BRITO, MARIANO R., “Régimen disciplinario,” en el mismo libro, pp. 129-133.

⁵⁰ VIVANCOS, op. cit., p. 147.

12. *La declaración de puro derecho*

A veces la administración, en lugar de disponer la apertura a prueba, considera que no hay hechos controvertidos y declara que la cuestión es de puro derecho. Este tipo de decisiones plantea dos problemas de distinta naturaleza: a) si la resolución es o no ilegítima y b) cómo se la impugna. En lo referente al primero, es clara la conclusión de que la declaración de puro derecho es improcedente si hay hechos controvertidos por el recurrente y éste pide la apertura a prueba, pues en tal caso “la declaración de puro derecho importa privar a la recurrente en forma arbitraria de medios de descargo cuyo empleo no puede serle vedado sin lesionar la garantía de defensa que consagra el art. 18 de la Constitución.”⁵¹

13. *Impugnación de la declaración de puro derecho*

Es claro que la declaración de puro derecho de las actuaciones constituye un acto administrativo productor de efectos jurídicos directos y que afecta derechos subjetivos del impugnante; así lo había resuelto la Procuración del Tesoro de la Nación.⁵² La cuestión en las normas hoy vigentes es si ha de considerarse un acto productor de efectos jurídicos de mero trámite, caso en el cual sólo puede ser atacado por el recurso de reconsideración, o si en cambio puede ser asimilado a un acto que impide totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado, caso en el cual puede también ser impugnado por los demás recursos administrativos, particularmente jerárquico y de alzada.

Consideramos que la segunda debe ser la solución a aceptarse, porque si el particular manifiesta que hay hechos controvertidos y expone cuáles son y la administración en cambio afirma que no hay controversia alguna y declara la cuestión de puro derecho, ello impide en forma absoluta la tramitación *útil* del reclamo del particular, inhibe manifiestamente el curso *eficaz* de la discusión de su pretensión o recurso. Las mismas razones que expusimos al comienzo de este capítulo sobre por qué no debe continuarse con la tramitación de un asunto sin abrir a prueba,⁵³ habiendo hechos controvertidos, nos inclinan por la tesis de que no tiene sentido continuar en tales condiciones el trámite. A los efectos reales el reclamo o pretensión del particular ha quedado impedido de continuar útilmente y por ello ha de admitirse la impugnación de un acto de esta índole por recurso jerárquico y de alzada, además de reconsideración, etc.

⁵¹ PTN, *Dictámenes*, op. cit., 98: 184, 187.

⁵² PTN, *Dictámenes*, op. cit., 98: 186 vta., en que se hizo referencia a lo que sostuviéramos en la primera edición de esta obra (*Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Álvarez, 1964), p. 176 y a nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed., p. 291, art. 362 y nota, nuestro Proyecto de código administrativo de 1964. El punto lo hemos tratado con mayor detalle en el t. 3, cap. II, § 3, “Los efectos jurídicos no necesitan ser definitivos.”

⁵³ Ver *supra*, sección I, “Apertura a prueba,” § 1, “Oportunidad de efectuar la apertura a prueba,” 2, “Ejemplo de expediente mal llevado por no realizarse oportunamente la apertura a prueba” y 3, “Consecuencias prácticas de ese procedimiento defectuoso.”

14. *La iniciación de un sumario como caso especial de apertura a prueba*

Hasta aquí nos hemos estado refiriendo a la apertura a prueba como elemento de la defensa del interesado en el sentido de que éste pueda producir la prueba de descargo que crea conveniente. Sin embargo, existe un caso particular por considerar, que es el de los sumarios, con relación a los funcionarios públicos.

La ley 25.164⁵⁴ no impone el secreto del sumario hasta que esté reunida la prueba de cargo, ni que sólo entonces se dé vista al sumariado para que produzca su prueba y haga su defensa. Al contrario, se remite a la regla constitucional de la transparencia y publicidad.⁵⁵ Es la correcta decisión constitucional, que no puede ser alterada por vía reglamentaria. En efecto, al impedir de hecho el control de la producción de la prueba administrativa, torna ilusoria toda defensa que el sumariado pueda intentar después, cuando se han desvanecido las posibilidades reales de repreguntar a los testigos, controlar la corrección de las preguntas hechas, etc.⁵⁶ Por ello consideramos que la reserva del sumario es no sólo inconstitucional sino también ilegal ante la ley 25.164 y acarrea la nulidad del procedimiento desde su entrada en vigencia. Claro está, no somos muy optimistas acerca del probable andamio de esta perspectiva, en sede administrativa o jurisdiccional y menos aun legislativamente.

Si bien estos principios no han sido hasta ahora receptados en la teoría ni en la práctica argentinas, se ha tratado sin embargo, al menos de rodear de algunos recaudos mínimos a esa prueba de cargo que se hace sin la participación ni el control y por lo tanto la defensa del sumariado. Entre tales recaudos figura el que la apertura de un sumario sólo puede ser dispuesta por acto administrativo fundado y previo dictamen jurídico, emanado de un ministro o secretario de Estado.⁵⁷ Asimismo debe designarse desde el comienzo un funcionario letrado de planta permanente, ello conforme lo dispone el art. 6 del Decreto 467/99 (

⁵⁴ Ley marco de regulación del empleo público nacional.

⁵⁵ Principios que rigen toda “la carrera administrativa básica y las específicas” que “deberán contemplar la aplicación de criterios que incorporen los principios de transparencia, publicidad y mérito en los procedimientos,” según lo prescribe el segundo párrafo del art. 8 de la ley marco de regulación del empleo público nacional.

⁵⁶ Ver también APESTEGUÍA, CARLOS A., *Sumarios administrativos*, Buenos Aires, La Rocca, 1998, p. 113 y ss.

⁵⁷ PTN, *Dictámenes*, 80: 145; 91: 62, etc., no son terminantes, como para afirmar la existencia de una regla, pero han resuelto casos conforme lo que se recoge en el texto. Se ha dicho que los empleados de una entidad descentralizada, que son nombrados por las autoridades superiores de ésta, (las que asimismo tienen el poder de separarlos de sus cargos por razones disciplinarias) deben ser sumariados por disposición de tales autoridades (*op. cit.*, 91: 62); pero que el sumario que se inicie contra esas mismas autoridades que son designadas por el Poder Ejecutivo, sólo puede ser abierto por él mismo y ni siquiera por el secretario de Estado (*op. loc. cit.*); que un secretario de Estado no puede convalidar un sumario iniciado en base a una disposición que se preparó en tal sentido para que él la firmara, pero que no firmó, diciéndose entonces que tal acto inexistente no pudo dar base jurídica al sumario y era además inconfirmable (*op. cit.*, 99: 115.) La conclusión que enunciamos en el texto refleja a nuestro sentir el entendimiento general de que debe ser una autoridad superior la que disponga la iniciación de un sumario y que esta atribución no le corresponde a funcionarios de jerarquía mediana o inferior.

Reglamento de Investigaciones Administrativas) para que tenga bajo su responsabilidad llevar en forma imparcial e independiente el control y autenticación de los actos de prueba.⁵⁸ Estas exigencias, cuya violación ha de ser considerada como causal de nulidad,⁵⁹ tienden a lograr que la preparación de esa prueba de cargo se haga con alguna formalidad y control tanto del sumariado (por el principio del art. 1º del decreto-ley 19.549/72, aplicable por la ley 25.164) como de la administración. Esto se logra dando al acto inicial de apertura del sumario la característica de requisito *sine qua non* a ser realizado por una autoridad de la jerarquía indicada y designando un funcionario específicamente responsable de los aspectos formales del trámite, en cuanto a su autenticidad e imparcialidad.

III. Medios de prueba

15. Objeto de la prueba

Todo hecho o circunstancia puede ser materia de prueba.⁶⁰ En cuanto al *derecho* positivo argentino, él en ningún caso necesitaría ser probado, ni siquiera tratándose de normas internas de la administración.⁶¹ A veces la justicia exige la prueba de la existencia de disposiciones administrativas.⁶² Pero este principio no puede hacerse extensivo a la propia administración, que tiene el deber de conocer sus propias normas. Tratándose del derecho extranjero, en cambio, en principio parece ser necesario probarlo a fin de que él pueda ser aplicado en los casos de que se trate,⁶³ prueba que de acuerdo a las normas vigentes puede producirse por intermedio del Ministerio de Justicia.⁶⁴ En ciertos casos, por fin, puede no ser

⁵⁸ Criterio adoptado por la reglamentación del art. 41 del decreto-ley 6.666/57, luego sustituido por el decreto-ley 22.140/80, a su vez cambiado por la ley 25.164.

⁵⁹ PTN, *Dictámenes*, 80: 145; 99: 115.

⁶⁰ Así ESCOLA, *op. cit.*, p. 304.

⁶¹ En contra ESCOLA, *op. cit.*, p. 304, quien distingue dos casos en que a su juicio la prueba sería necesaria: cuando las normas internas “por ser tales no han tenido publicidad general;” o cuando “no consten fehacientemente en registros o boletines de autenticación.” En el primer caso, es de observar que la falta de publicidad le es imputable a la propia administración, por lo que mal puede ella oponer tal circunstancia al administrado, correspondiendo por lo tanto a *ella misma* el deber de averiguar las normas vigentes, si no le constan las que invoca el recurrente. En el segundo caso, si las normas *no constan fehacientemente*, parecería más bien que no existen formalmente, por lo que no parece posible su invocación ni tampoco su prueba.

⁶² CNApel CAF, Sala II, *Cortese, Maria Cecilia c/ Mº J y DDHH – art. 3 ley 24.043 – resol 1409/06 (Ex 345313)*, del 11-XI-07 “todos los medios de prueba mencionados se encuentran autorizados por la reglamentación de la Ley Nº 24043.”

⁶³ Se trata de contratos en los que se ha pactado la aplicación de normas extranjeras, o a letras firmadas sobre otra plaza extranjera, etc.

⁶⁴ El decreto-ley 21.447/76 aprobó el “Convenio sobre información en materia jurídica respecto del Derecho vigente y su aplicación,” celebrado en Brasilia en 1972 y posteriormente el decr. 525/77 designó a este Ministerio “para ejercer las funciones de órganos de recepción y transmisión prevista en el art. 20” del convenio. Ver PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, ALICIA M., “Algunas novedades sobre la aplicación del Derecho extranjero,” *LL*, 1976-C, 556. Este procedimiento probatorio ya fue sugerido por la PTN, *Dictámenes*, 142: 130.

necesario probar una circunstancia —p. ej. tratándose de hechos evidentes—, sin perjuicio, sin duda, de que si una de las partes lo solicita, dicha prueba pueda producirse, o incluso deba serlo, si a la otra no le consta el hecho como notorio y así lo invoca.⁶⁵ Si bien todo hecho puede ser materia de prueba, ello no implica que el modo de obtenerla sea intrascendente ya que él puede resultar atentatorio contra el orden público, o la libertad individual. Así p. ej. puede ser materia de prueba si un conductor se hallaba en estado de ebriedad o no, pero no puede probarse dicha circunstancia a través de pericias realizadas ejerciendo violencia física sobre la persona, sin ley expresa que lo autorice en forma razonable.⁶⁶

16. Medios de prueba admisibles

No hay limitaciones jurídicas respecto a las pruebas que pueden producirse, debiendo admitirse en principio cualquier clase de prueba⁶⁷ de las que se aceptan por la legislación procesal vigente⁶⁸ en materia civil y laboral;⁶⁹ “resulta materialmente imposible precisar taxativamente qué pruebas deben requerirse para acreditar, en los innumerables casos que pueden plantearse, los extremos que prueben.”⁷⁰ El principio es, pues, de amplitud.

El tipo de prueba más adecuado para acreditar los hechos de que se trate depende en buena medida del tipo de situación que se deba probar. En el caso de obras o trabajos públicos, p. ej., las pruebas fundamentales serán pericias e informes, dictámenes, documentos; en los sumarios contra funcionarios públicos, como así

⁶⁵ *Infra*, cap. VII, “Producción y valoración de la prueba,” § 20, “Dispensa de prueba;” § 20.1, “El conocimiento oficial no es un hecho notorio;” § 20.2, “Hecho notorio y hecho evidente.”

⁶⁶ *Infra*, § 17, “Inadmisibilidad de las pruebas ilegítimamente obtenidas;” § 26, “Prueba pericial;” HELLBLING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 282.

⁶⁷ Reglamento nacional, art. 46; Ciudad de Buenos Aires, 66; Provincia de Buenos Aires, 55; Córdoba, 47; Corrientes, 273; Mendoza, 164; Salta, 164; Alemania, 26; Austria, 46; España, 80 inc. 1°; Bolivia, 47 inc. I; Colombia, art. 57; Perú, 166. Ver VIVANCOS, *op. cit.*, p. 144 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, *op. cit.*, p. 470; *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 321 y 2ª ed., p. 329; *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 691; PI SUÑER en el prólogo a la obra de VIVANCOS, pp. 13-4; ANTONIOLLI, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzsche, 1954, p. 224; GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Madrid, 1963, p. 132; HELLBLING, *op. cit.*, p. 281; RONDÓN DE SANJO, *op. cit.*, p. 97; FRANCO SOBRINHO, *op. cit.*, p. 63; DIEZ y HUTCHINSON, *Manual de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, 1980, p. 488.

⁶⁸ Ver las comparaciones que efectúa CASSAGNE, “Acerca de la conexión...,” *op. loc. cit.*

⁶⁹ PTN, *Dictámenes*, 90: 286. Por su parte el decreto-ley de procedimiento administrativo de Misiones establece que “en la tramitación de las pruebas se aplicarán las disposiciones del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Provincia,” con ciertas salvedades (art. 96, *ADLA*, LVII-A, p. 1243.) Igual remisión se efectúa en la norma neuquina, art. 165, con cuatro excepciones. Distinta solución encontramos en Corrientes, art. 274, el cual remite al Código en lo Contenciosoadministrativo. No es prudente una regla taxativa, pues se dan variadas situaciones: no es lo mismo un sumario por una irregularidad administrativa, que una solicitud de pensión o un reclamo de mayores costos. Si han de aplicarse analógica o supletoriamente normas procesales, éstas deben ser de acuerdo a la naturaleza de las cuestiones de que se trata y podrá así remitirse, según los casos, al derecho procesal civil o comercial, laboral, penal, procesal administrativo, pero no necesariamente a uno solo de éstos en todos los casos.

⁷⁰ PTN, *Dictámenes*, *op. loc. cit.* El principio jurídico es de amplitud, pero debe confrontarse a la realidad que recordamos en el primer párrafo *in fine* del § 7, “Producción informal de la prueba,” p. 7.

también en los trámites de jubilaciones, pensiones, subsidios, etc., las pruebas testimoniales cobran importancia decisiva, sin perjuicio de la importancia del otro tipo de pruebas mencionado.⁷¹ El tipo de probanzas a elegir, entonces, dependerá de las circunstancias del caso y de los elementos probatorios de que se disponga. Naturalmente, “nada puede ser considerado como prueba si no es introducido como tal,”⁷² es decir, que para que algo pueda considerarse “probado” en contra del interesado, es indispensable que esa “prueba” *conste en las actuaciones*, no siendo admisible, como lo tiene declarado la Corte Suprema de los Estados Unidos, la invocación de “antecedentes,” “ficheros,” etc.⁷³ En este mismo sentido, nuestra propia Corte Suprema de Justicia de la Nación de antaño ha considerado insuficiente como elementos probatorios, las “constancias” obrantes en los organismos de seguridad a través de simples anotaciones en fichas llevadas al efecto.⁷⁴

Cabe diferenciar cuáles medios de prueba son admisibles y cuáles concretamente han de admitirse en un procedimiento concreto. Lo segundo no hace a la admisibilidad del medio de prueba, sino que trata si la prueba propuesta es o no conducente. Por ello incurre en confusión el art. 46 del reglamento cuando aclara que “Se admitirán todos los medios de prueba, salvo los que fueren manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios.” En estos casos la cuestión es de *gobierno* de la prueba.⁷⁵

17. Inadmisibilidad de las pruebas ilegítimamente obtenidas

Si bien el tipo de prueba admisible es completamente amplio, ello no significa de por sí que el modo de obtención de la prueba sea indistinto. Por un principio de orden público, no pueden admitirse pruebas cuya obtención misma está reñida con la moral, las buenas costumbres y la libertad personal.⁷⁶

⁷¹ Comp. LÓPEZ-NIETO y MALLO, FRANCISCO, *El procedimiento administrativo*, Barcelona, 1960, p. 287.

⁷² Corte Suprema de EE.UU., *United States v. Abilene Southern Railway Co.*, U. S. 274 (1924), en GELLHORN, *Federal Administrative Proceedings*, Baltimore, 1950, p. 86. En el mismo sentido el Tribunal Supremo español, “lo que no está en las actuaciones no existe legalmente.” GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, t. II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, 2ª ed., p. 748.

⁷³ Ver la nota precedente; JAFFE, LOUIS y NATHANSON, NATHANIEL L., *Administrative Law*, Boston, 1961, pp. 569-70, 578.

⁷⁴ CSJN, *Fallos*, 268: 393, *Argüello*, 1967. Ampliar *supra*, cap. IV, § 17: “¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?”

⁷⁵ Ver *infra*, cap. VII, § 5, “Gobierno de la prueba,” 6, “El gobierno de la prueba no debe transformarse en un prejuzgamiento” y 9.2, “Criterio de admisión. Admisibilidad y eficacia de la prueba.”

⁷⁶ HELBLING, *op. cit.*, p. 282; SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston, 1976, p. 354-6; 1991, 3ª ed, p. 390, destaca la invalidez de las pruebas ilegítimamente obtenidas. La doctrina de la exclusión de pruebas ilegalmente obtenidas data de 1914, *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383; consolidándose en *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) y culminó en la doctrina de los frutos del árbol prohibido en *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), que nuestra CSJN siguió en *Francomano*, *Fallos*, 310: 2384, año 1987 y que la Corte Suprema de EE.UU. ratificó: CARRIÓ, ALEJANDRO, “Otra vez el tema de las confesiones policiales. El caso *Miranda* está lejos y espera,” *LL*, 1993-B, 258; *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, 1994, 3ª ed., p. 162. La jurisprudencia estadounidense puede consultarse en www.findlaw.com

Es aplicable, en este aspecto, la norma que al efecto contiene el CPCCN, cuyo art. 378 admite la producción de las pruebas previstas en la ley o de las que el juez disponga, “siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros.”⁷⁷ Por ello son inadmisibles las grabaciones telefónicas clandestinas, las fotografías, películas, etc., tomadas de la misma manera, en violación a la privacidad de la persona y salvo que se trate de hechos ocurridos públicamente; los análisis de sangre realizados contra la voluntad del individuo y sin ley o circunstancias muy especiales que los autorice. La ley 26549 autoriza la toma compulsiva de muestras biológicas (sangre, saliva y piel, entre otras) como método para determinar la identidad de personas en las causas en las que se investigan delitos de lesa humanidad, como la apropiación de menores. De la misma manera que para que la administración pueda vacunar a una persona contra su voluntad, se requiere que una ley establezca esa obligatoriedad, no se puede cometer violencia física sobre una persona, ni de otro modo restringir su libertad personal para tomarle una muestra de sangre contra su voluntad, si no existe una ley que así lo establezca y determine los casos y condiciones en que ello pueda hacerse.⁷⁸ Respecto de la toma de muestras de sangre, en el caso *Muller*,⁷⁹ la Corte sostuvo que la extracción compulsiva de sangre a un menor de edad comportaba una lesión a la integridad física del niño, medida que no tenía “respaldo legal” que la legitimara.⁸⁰ Pero cada caso es puntual, además que los progresos cometidos en materia de investigación del ADN hacen ya innecesarios, para la identificación de las personas, métodos invasivos como la extracción de sangre: basta con una muestra de saliva, etc. Pero en nuestro país, por ahora, se mantiene el énfasis en la eventual extracción de sangre, como si fuera el único medio posible de identificación personal. Además, en materia deportiva nadie ha cuestionado la obligación de proporcionar pruebas de orina para detectar el empleo eventual de drogas prohibidas en el deporte.

En *H.G.S.*⁸¹ la CSJN autorizó la extracción de sangre a un menor en un procedimiento penal incoado a fin de investigar el abandono o sustracción de menores y su entrega a terceros a cambio del pago de sumas de dinero.⁸² Sostuvo

⁷⁷ Ver MORELLO, AUGUSTO MARIO, *La reforma procesal civil en Buenos Aires*, La Plata, 1967, p. 365; FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, *Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital de la Nación Argentina*, Buenos Aires, 1942, p. 198.

⁷⁸ Lo mismo ocurre en el caso de toma de muestras para el control del dopaje deportivo bajo la ley 24.819, en el que se establece la obligatoriedad de los deportistas federados de someterse a la toma de muestras para su eventual análisis.

⁷⁹ CSJN, *Fallos*, 313-2: 1113, año 1990.

⁸⁰ Cons. 21/21.

⁸¹ *Fallos*, 318-3: 2518, año 1995.

⁸² En lo que hace a la facultad de la administración de tomar muestras de sangre para verificar la existencia de HIV positivo, ver CNFed. CA, Sala II, *B., R.E. v. Policía Federal Argentina*, *JA*, 1997-IV, 329 (1996), con nota de CIFUENTES, SANTOS, “Legitimación del análisis compulsivo del Sida. (La dignidad de la persona puesta a prueba),” *JA*, 1997-IV, 342; *ED*, 172: 323, con nota de ANDRUET, ARMANDO S. (H.); *DT*, 1997-E, 1779, con nota de POSSE. Ver KEMMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “El sida en la jurisprudencia,” *LL y Academia de Derecho de Buenos Aires*, año XLIV, n° 37, 1999, § VII.

la validez de la medida por tratarse de un agente de un organismo de seguridad. (En el caso, la Policía Federal.) A su vez la Corte Suprema de Estados Unidos legitimó la extracción de una muestra de sangre de un sujeto inconsciente a raíz de un accidente.⁸³

En el proceso civil se ha estimado que la realización o no de esta medida probatoria depende de la voluntad del individuo afectado y que en caso de negarse éste, la prueba no debe producirse.⁸⁴ Sin embargo, en juicios de paternidad, la negativa puede funcionar como presunción en contra. Como se advierte, la prueba hematológica es un problema de múltiples matices.

En general, resulta inadmisibles el sometimiento coercitivo a pruebas, aparatos o drogas que verifican la veracidad de lo que la persona expresa, etc.⁸⁵ En los dos últimos casos la nulidad de la prueba así obtenida es clara, por transgredir el principio constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo;⁸⁶ pero al margen de ese argumento y con referencia a todos estos y otros casos de pruebas obtenidas en violación de un principio jurídico fundamental, es evidente que se impone su rechazo. No es óbice a tal conclusión el que la prueba ilegalmente obtenida sea de todos modos una “prueba,” que puede por lo tanto reflejar la verdad material de los hechos, porque de otro modo se estaría alentando la ilegítima obtención de pruebas por tal tipo de medios. En esto el razonamiento jurídico es análogo al que se hace valer cuando se prohíbe pagar un seguro de vida en caso de suicidio: Admitir lo contrario es una forma de instigar a que una persona con problemas económicos pueda pensar que si se suicida soluciona al menos los problemas de su familia, lo cual es notoriamente contrario a principios básicos del orden jurídico. Por el mismo principio cabe rechazar la admisibilidad de cualquier tipo de prueba producida ilegalmente, a fin de no contribuir a crear un sistema en el cual la autoridad se vea alentada a grabar clandestinamente conversaciones telefónicas privadas, a fotografiar y filmar clandestinamente a los individuos, a allanar domicilios sin orden de autoridad competente, a detener y revisar a las personas sin motivo, etc.⁸⁷ Por ello estimamos que en este caso el principio de la verdad material cede ante un principio superior y de orden público, que hace al resguardo de la libertad personal y de la moral pública.⁸⁸

⁸³ *Breihaupt v. Abram*, 352 U.S. 432 (1957). Ver LOCKHART, WILLIAM; KAMISAR, YALE; CHOPER, JESSE; SHIFFRIN, STEVEN H. y FALLON JR., RICHARD, *Constitutional Law*, St. Paul., Minn., West Publishing Co., 1996, pp. 381 y ss.

⁸⁴ Ver al respecto STRATTA, OSVALDO J., “Alcance de la prueba hematológica,” *LL*, 48: 176 y la jurisprudencia que cita; JOFRÉ, TOMÁS, *Manual de procedimiento*, t. III, Buenos Aires, 1942, p. 376.

⁸⁵ HELBLING, *op. cit.*, p. 282.

⁸⁶ Ya que la norma del art. 18 constituye una “regla abstracta y general, de derecho permanente” aplicable en toda situación y en todo proceso. Ver SARTORIO, JOSÉ, *De la prueba de testigos en el procedimiento federal*, Buenos Aires, 1945, p. 112. Ha sido reconocido el derecho a no declarar contra sí mismo en sede administrativa: PTN, *Dictámenes*, 96: 350; 99: 279.

⁸⁷ Conf. SCHWARTZ, *Administrative Law*, *op. loc. cit.* Ver también *infra*, nota 91, *Cuffaro* y nota de CORVALÁN.

⁸⁸ Con las excepciones señaladas *supra* y en KEMMELMAJER DE CARLUCCI, *op. loc. cit.*

Distinto es el caso en que el juez de instrucción autoriza una videofilmación con *zoom* desde un inmueble lindero hacia el exterior de otro, pues ello se asemeja al allanamiento judicial de domicilio, requisas judiciales, etc.⁸⁹

18. Inadmisibilidad de pruebas “secretas,” “reservadas” o “confidenciales”

Según ya lo explicamos al analizar la reserva de las actuaciones,⁹⁰ si bien la administración tiene la facultad de declarar secretas o reservadas determinadas piezas de un expediente, no puede en tal caso utilizar dichas piezas como prueba ni como fundamento de sus decisiones ya que la posibilidad de admitir “pruebas secretas” importa una verdadera contradicción. La invocación de tal tipo de elemento debe asimilarse a los casos en que la administración invoca pruebas inexistentes, tratándose así de un caso de arbitrariedad del acto administrativo, que lo torna nulo o inexistente. Esta regla del proceso penal es aplicable en el derecho administrativo. Un informante anónimo es inadmisile también como inductor de otras pruebas, que caen igualmente bajo el principio del “fruto del árbol prohibido:” sumarios a agentes públicos o a particulares, deportaciones, etc.⁹¹

19. Prueba de informes

19.1. Informes de oficinas administrativas

La prueba de informes administrativos es probablemente una de las que siempre se presenta y a este respecto cabe destacar, como ya se expresó, que es obligación de la administración producirlos cuando así lo fueren solicitados por el recurrente o también de oficio, para el esclarecimiento de los hechos controvertidos por el administrado.

Esto es también aplicable y con mayor razón, en el caso de informes que deba expedir cualquiera de los distintos registros que posee la administración, pues “es claro que la finalidad de todo registro es consignar datos y circunstancias que se acreditarán en base al mismo, por lo que es totalmente contradictorio con su misma esencia negar una certificación a la persona que acredita un interés legítimo en obtenerla. Si el registro no expidiera certificados acreditando lo que en él consta, no cumpliría en verdad acabadamente su finalidad en cuanto registro; ello se advierte al recordar el funcionamiento racional de los demás

⁸⁹Toral Criminal Federal, Paraná, *Meichtry, LL*, 2000-A, 240 (1998), que no admite filmación del interior de la morada. En cambio para PALACIO, LINO ENRIQUE, “El principio de exclusión probatoria, el derecho a la intimidad y la videofilmación de consumo y fraccionamiento de estupefacientes,” nota al fallo *Meichtry*, es válida la videofilmación del interior de la morada.

⁹⁰Ver *supra*, en el cap. IV referente a la vista de las actuaciones, § 17, “¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?” y asimismo en el t. 2, cap. I, § 4.1, “Las pruebas ilegítimamente obtenidas. Pruebas reservadas o secretas.”

⁹¹Ampliar en C4ª Crim. Córdoba, *Cuffaro, LL*, 2000-A, 258 (1999), con nota de CORVALÁN, VÍCTOR R., “El informante anónimo: «colaborador policial» pero ineficaz como prueba de cargo. Un caso que nunca debió llegar a juicio y que muestra el fracaso de la persecución penal.”

registros [...] todos los cuales extienden certificados con respecto a los datos que tienen anotados.”⁹²

El art. 14 de la reglamentación prescribe que “las dependencias de la administración, cualquiera sea su situación jerárquica, quedan obligadas a prestar su colaboración permanente y recíproca” y para pedirles los informes del caso no debe enviárseles el expediente original (sin perjuicio de mandarle fotocopia), para evitar que se paralice el trámite mientras el informe es producido por la oficina pertinente.⁹³ En su art. 48 fija un plazo de diez días para evacuar los informes que no sean de carácter técnico y de veinte días para los de índole técnica; estos últimos pueden ser ampliados “por el tiempo razonable que fuere necesario” a solicitud del organismo que debía producirlo y siempre que existieren motivos atendibles.

La producción de informes de otras reparticiones públicas, nacionales o locales, puede llevarse a cabo por procedimientos más o menos formales:

a) En una primera variante, formal, el particular presenta un escrito solicitando que el funcionario pida a su vez tal o cual informe a otra repartición, lo que el funcionario acuerda y así dispone: finalmente se produce la respuesta de la repartición de que se trata y ella se incorpora al expediente, notificándose de ello al recurrente.

b) En una segunda variante, más informal, el propio interesado se ocupa de gestionar ante la repartición pública de que se trate la expedición de una constancia, certificado o informe, en el cual consten aquellas circunstancias que le interesa demostrar: Una vez obtenido dicho informe, lo presenta al expediente con un escrito. En la medida que el particular pueda obtener la producción de la prueba por este procedimiento informal, habrán ganado en tiempo y eficacia tanto él como la administración.

19.2. *Informes de personas no estatales*

Al igual que en el proceso civil⁹⁴ son admisibles también los informes pedidos a instituciones privadas, cuyo valor probatorio habrá de depender de las circuns-

⁹² PTN, *Dictámenes*, 94: 264. Respecto del envío del expediente administrativo a la justicia, ver *supra*, cap. IV, § 15, “El envío de expedientes administrativos relacionados con un juicio actual.” En sentido similar dicen DIEZ y HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 488, que “Tampoco puede la administración negarse a facilitar informes sobre los puntos propuestos por las partes.”

⁹³ Si otro organismo necesita ver el expediente para dictaminar, p. ej., se le puede enviar una fotocopia certificada y continuar en el ínterin con la tramitación. Esta es una de las cuestiones que más demora el procedimiento administrativo y bien vale para el resultado de tiempo ganado, el costo relativamente insignificante que tiene la fotocopia del expediente. Si el expediente lo pide la justicia se le envía el original, previa extracción de fotocopia certificada. En ella se continuará el trámite administrativo.

⁹⁴ Comp. la jurisprudencia civil: ROSENBUSCH, ERWIN O., “Algunos aspectos de la prueba de informes solicitados a particulares o entidades privadas considerados por la Jurisprudencia,” *JA*, 1944-I, 358.

tancias del caso (seriedad de la institución, razonabilidad del informe, etc.)⁹⁵ La reglamentación vigente permite expresamente la producción de este tipo de prueba de informes requeridos a terceros y surge de ella que si los órganos o personas no estatales no contestaren los informes que les hubieren sido requeridos en el plazo que al efecto les fuere fijado,⁹⁶ o sus ampliaciones en su caso,⁹⁷ no corresponderá insistir en la producción de la prueba:⁹⁸ el procedimiento continúa a pesar de la no recepción del informe, pero de llegar el mismo posteriormente no cabe devolverlo o de otra forma excluirlo, sino que se lo tomará en cuenta *sin retrotraer las etapas del procedimiento*: p. ej., si ya se alegó sobre la prueba y posteriormente llega un informe de terceros que debió llegar antes, no procederá correr nuevo traslado para alegar, pero sí tomar en cuenta la prueba en la decisión que se adoptare en tanto fuere conducente.

Es también útil recordar, en lo que se refiere a informes de instituciones públicas o privadas, que la jurisprudencia no los ha considerado equivalentes, en cuanto a su valor probatorio, a las pruebas testimonial o pericial, particularmente si las sustituye caprichosamente.⁹⁹ En otras palabras, no habiendo imposibilidad o gran inconveniente en realizar la prueba de testigos o de peritos, debe preferírsela a la prueba de informes.¹⁰⁰ Como solución intermedia “La práctica ha introducido una forma, bien lógica por cierto, de dar a las pruebas de informes validez y fuerza de prueba testifical. Consiste en llamar, una vez aportado el informe, a quien lo emitió, para que, como testigo, se ratifique en su contenido.”¹⁰¹

De todos modos, ha de tenerse presente que en el procedimiento administrativo, en que no existen habitualmente facilidades para la producción de prueba testimonial o pericial en condiciones similares a las del ámbito judicial, la incor-

⁹⁵ Tal vez debiera darse especial relevancia a los informes producidos por ciertas entidades que, sin ser estatales, tienen sin embargo un carácter público y han merecido como tales una especial regulación del ordenamiento jurídico. *Supra*, t. 1, cap. XIV; t. 3, caps. I y II.

⁹⁶ No está clara la reglamentación acerca de si regirán para los terceros los mismos plazos que para la producción de informes por los órganos administrativos. Pensamos que pueden fijarse los mismos plazos por analogía, aunque es obvio que tales plazos sólo sirven internamente en el procedimiento administrativo ya que los terceros no resultan obligados a contestarlos. Otra posibilidad es interpretar que la norma se ha remitido al art. 1º, inc. e), ap. 4, del decreto-ley no sólo para la ampliación del plazo, como lo sugiere la redacción del art. 48 *in fine*, sino también para el plazo inicial. Pero pensamos que hasta no sería una interpretación razonable, porque guarda mucha mayor conexidad el mismo trámite ante órganos administrativos que el plazo residual del art. 1º para cualquier trámite no reglado.

⁹⁷ Conforme la remisión que efectúa el RN al plazo residual del art. 1º la ampliación será por diez días; este plazo podrá nuevamente ampliarse si el tercero lo solicita antes de su vencimiento.

⁹⁸ El reglamento dice que en tal caso “se prescindirá de esta prueba,” expresión obviamente errónea, que entendemos corresponde ser interpretada y aplicada como lo hacemos en el texto.

⁹⁹ SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, *Teoría y práctica del proceso*, vol. III, Buenos Aires, E.J.E.A., 1959, pp. 266-7. Dicho principio ha sido recogido en el art. 397 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que expresa: “No será admisible el pedido de informes que manifiestamente tienda a sustituir o a ampliar otro medio de prueba que específicamente corresponda por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos.”

¹⁰⁰ SENTÍS MELENDO, *op. cit.*, p. 267.

¹⁰¹ SENTÍS MELENDO, *op. cit.*, p. 268 y nota 13.

poración de una prueba semejante por la vía documental o informativa puede ser una solución parcial a dicha dificultad notoria: en esta hipótesis, el particular aporta al expediente documentos o informes escritos de quienes propone asimismo como testigos o peritos y queda entonces a criterio de la administración atenerse a esta prueba así producida, o en cambio llamar a los firmantes para que como testigos o peritos *stricto sensu* y con todas las formalidades del caso sean interrogados, repreguntados, etc.¹⁰²

19.3. *Contenido de los informes*

Debe distinguirse entre prueba de informes y prueba de informaciones;¹⁰³ la primera se da cuando se requiere a un organismo que dé noticias acerca de una prueba preconstituida, esto es, de elementos probatorios que *ya existen* y que *ya* están en conocimiento del informante; la segunda se da cuando se pide que se hagan averiguaciones de elementos probatorios o de hechos que no están en conocimiento del informante: este segundo tipo de averiguación debe en principio rechazarse, pues en tal circunstancia corresponde al instructor realizar él mismo las diligencias tendientes a obtener las pruebas necesarias.¹⁰⁴ Dice a este respecto SENTÍS MELENDO: “Se pide a una repartición pública que informe acerca de lo que en ella conste en relación a determinada afirmación formulada en el litigio; de esos antecedentes debe disponer la repartición con anterioridad; si los ha de adquirir y después informar, no será una prueba de informes.”¹⁰⁵ En sentido similar, PALACIO agrega una variante de interés: “El informante [...] puede adquirir conocimiento de los hechos respectivos en el momento mismo de expedir el informe,” pero siempre con referencia a la prueba documental o instrumental que obra en su poder;¹⁰⁶ se excluye siempre, pues, el informe que requiera averiguaciones sobre pruebas no preconstituidas. Tal solución se halla consagrada en el Código Procesal Civil y Comercial, según el cual “Los informes que se soliciten a las oficinas públicas [...] Procederán únicamente respecto de actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante.”¹⁰⁷

19.4. *Información u opinión: informes y dictámenes*

Corresponde también aclarar que el art. 48 del reglamento comete una impropiedad al asimilar aparentemente a los “informes y dictámenes” dentro del tema

¹⁰² Ver *supra*, t. 2, cap. I, “La prueba de los derechos,” § 6.3, “La importancia de la prueba privada en tales casos.”

¹⁰³ SENTÍS MELENDO, *op. cit.*, p. 283 y ss.

¹⁰⁴ SENTÍS MELENDO, *op. cit.*, p. 285. También podría delegar la diligencia probatoria, pero entonces se requiere la *citación y control* de la parte afectada. Ver *infra*, § 20, “Informes y delegación de diligencias procesales.”

¹⁰⁵ SENTÍS MELENDO, *op. loc. cit.*

¹⁰⁶ PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1965, p. 200.

¹⁰⁷ Art. 396.

de la prueba, al punto de fijarles los mismos plazos a los dictámenes y a los informes técnicos. Al respecto cabe reiterar que la prueba de informes se refiere precisamente a datos que resulten de documentación, archivos, registros, etc., del informante, de los cuales ya tiene conocimiento y constancia documental o registral; no es prueba de informes aquella en que el informante debe en realidad realizar averiguaciones sobre hechos o documentos que no le constaban antes. Si se trata de informaciones que el “informante” debe procurar sobre hechos, entonces estaremos ante un caso de prueba testimonial o pericial; si se trata de opiniones, entonces nada tiene que ver esto con la “prueba” de informes ni con “prueba” alguna: es una opinión o consejo lo que se recibe, no una prueba.

Lo mismo es aplicable a los dictámenes. Sólo serán prueba si se trata de dictámenes ya producidos con anterioridad al momento de pedirlos y en ese caso por lo demás la prueba será *documental* y no de informes ni tampoco de “dictámenes.” Si en cambio lo que se trata es de pedir que se produzca un dictamen nuevo, no existente al momento de requerirlo, entonces se pide una *opinión legal* pero no una “prueba.” De lo cual resulta que en ningún caso puede un dictamen ser jurídicamente un modo probatorio autónomo: o es una pieza documental y como tal prueba documental, o es una opinión que se emite *ex post* y como tal un acto procedimental pero no probatorio.

20. Informes y delegación de diligencias procesales

La razón por la cual se niega en el proceso ordinario la producción de informes sobre pruebas no preconstituidas es, según acabamos de ver, que es el mismo juzgador quien debe cumplir en tal caso las diligencias probatorias. Ahora bien, en el procedimiento administrativo esto no puede constituir una regla absoluta, pues en muchos casos le será difícil al órgano que tramita las actuaciones principales y tiene que decidir sobre ellas, el ejecutar directamente todas las actuaciones probatorias. En tal caso será posible que solicite a otro organismo la realización de averiguaciones y la obtención de las informaciones necesarias. Sin embargo, es evidente que en tal situación nos encontramos ante la *delegación de una diligencia procesal*,¹⁰⁸ en algún modo equivalente a las realizadas judicialmente por medio de exhorto. Esta circunstancia ha de tener consecuencias sobre el modo de llevarla a cabo, pues tratándose de una diligencia procesal delegada, le son aplicables las mismas reglas referidas a las diligencias probatorias efectuadas directamente por el órgano instructor, en particular los recaudos referidos a la *citación de la parte* para que pueda ejercitar el *control* de la producción de la prueba. En suma, si se trata estrictamente de una prueba de informes, referida a hechos o circunstancias que el informante ya conoce o conocerá al momento de evacuarlo, por referirse a elementos que obran en su poder, entonces puede contestarlo directamente, sin necesidad de citación y audiencia de la parte a efectos

¹⁰⁸ Ver HELBLING, *op. cit.*, p. 313.

del control. Esto, al menos por principio y dejando a salvo situaciones especiales que pudieran presentarse, en que dicho control pudiera ser aconsejable por las circunstancias del caso. A su vez, si lo que se solicita del órgano “informante” es en realidad que realice determinadas averiguaciones sobre hechos que no son de su conocimiento previo o que no constituyen pruebas preconstituidas, entonces se trata de una diligencia probatoria delegada, que debe realizarse con la debida citación y control de la o las partes interesadas.

21. *Comparación entre prueba de informes y prueba documental*

Algunas dificultades pueden presentarse para distinguir la prueba documental de la prueba de informes, particularmente en aquellos casos en que el informe se contesta remitiendo “testimonios o certificados.”¹⁰⁹ Estos, sin duda, constituyen “documentos,” pero dado que su introducción en el expediente se efectúa a través de un pedido de otro órgano, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ha preferido incluirlo en el capítulo sobre la prueba de informes. La distinción no es intrascendente ya que en el proceso judicial se ha establecido, con criterio que puede ser de aplicación aquí, que “No será admisible el pedido de informes que manifiestamente tienda a sustituir o a ampliar otro medio de prueba que específicamente corresponda por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos” (CPCCN, art. 397.) Esta disposición no será de aplicación para pretender negar un pedido de informes a una oficina administrativa, aunque el pedido constituya concretamente el requerimiento de un documento que dicha oficina posee o puede emitir.

Por igual razón, cuando algunas legislaciones exigen que todos los documentos deben presentarse juntamente con el primer escrito del interesado, esto no excluye la posibilidad de introducir nuevos documentos con posterioridad. Ellos se puede hacer de dos maneras. La primera es presentar un escrito solicitando que se haga un pedido de informes a la oficina correspondiente. La segunda y posiblemente más efectiva en algunos casos, es que el particular los consiga directamente de las oficinas pertinentes, verbalmente o por escrito y los incorpore luego al expediente mediante una presentación al efecto.¹¹⁰

22. *Prueba testimonial*

22.1. *Quiénes pueden ser testigos: Legislación aplicable*

El reglamento se remite en general al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para los asuntos no previstos, entre los cuales se encuentra en primer lugar la cuestión de quiénes pueden ser testigos. Esta remisión es de carácter

¹⁰⁹ Lo prevé el art. 396 del CPCCN sobre la “prueba de informes” requerida a oficinas públicas.

¹¹⁰ *Supra*, § 7, “Producción informal de la prueba;” § 19.1, “Informes de oficinas administrativas;” 19.2, “Informes de personas no estatales;” *infra*, § 22.7, “La oralidad del testimonio;” 22.8; “¿Prueba testimonial producida por escrito?;” cap. VII, § 10.1, “Producción privada de la prueba.”

meramente genérico para asuntos ordinarios; en asuntos especiales es posible recurrir a otros ordenamientos procesales especiales, pues ya vimos que el procedimiento administrativo puede por su contenido ser similar según los casos al proceso civil, laboral, penal, etc. y será a tales normas procesales que debería recurrirse en cada caso. Así, la determinación de quiénes pueden ser testigos dependerá de los casos: en los procedimientos disciplinarios, serán admisibles solamente los testigos que el Código de Procedimiento en lo Criminal establece;¹¹¹ en los demás casos habrá de estarse al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; en materia de jubilaciones, pensiones y reclamos en general de los funcionarios públicos, podrá considerarse aplicable la orientación del derecho laboral.

Si las personas propuestas como testigos son funcionarios públicos, están obligados a deponer, sea personalmente o por informe en su caso,¹¹² pero no tratándose de funcionarios públicos no pueden ser obligados a comparecer,¹¹³ el propio interesado tampoco puede ser, obviamente, testigo en su mismo asunto,¹¹⁴ ni tampoco ser obligado a absolver posiciones.¹¹⁵

Por su parte, la doctrina judicial no descalifica al testigo único, pero debe ser corroborado con otros medios de prueba y evaluarse en su totalidad según las reglas de la sana crítica.¹¹⁶ Creemos que la misma solución es aplicable al procedimiento administrativo.

22.2. Citación y audiencia

Las partes tienen derecho a que la administración tome declaración testimonial a los cinco primeros testigos que ofrezcan; en cuanto al resto es facultad discre-

¹¹¹ Pues en verdad tienen mayor sustento de justicia y razonabilidad estas normas, a punto tal que sancionar a un agente sobre la base de testigos inhábiles para el procedimiento criminal puede considerarse lesivo de su razonable oportunidad de defensa y por lo tanto inconstitucional.

¹¹² Ver *infra*, § 23, “Funcionarios que pueden declarar por informe.” No estará demás aclarar, también, que la jerarquía que el funcionario tenga, si bien puede en algún caso dispensarlo de concurrir personalmente a declarar, no ha de justificar en cambio ninguna merituación especial de su testimonio: ver FRANCO SOBRINHO, *op. cit.*, p. 112. A su vez, debe tenerse presente que así como en nuestro derecho el particular no puede ser testigo en su propio asunto (texto e *infra*, nota 114), tampoco pueden el o los funcionarios públicos que intervienen en la toma de decisión, o que emiten informes o dictámenes sobre la cuestión, deponer en el mismo asunto en calidad de testigos. Son calidades que se excluyen mutuamente, pues como recuerda TENTOLINI, OTTORINO, *La prova amministrativa*, Milán, 1950, p. 147, aquel que depone no puede ser parte ni tener un interés que podría legitimar su participación, sino que “debe ser un tercero, esto es un extraño al proceso.” En este sentido el concepto de testigo, en cuanto tercero desinteresado del proceso, tiene puntos de contacto con el concepto de órgano jurisdiccional.

¹¹³ PTN, *Dictámenes*, 84: 141; reglamento, art. 50, a *contrario sensu*.

¹¹⁴ GORPHE, FRANÇOIS, *De la apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, p. 416. Ello no quita que la persona pueda ser oída por simple declaración, sin juramento. (GORPHE, *op. cit.*, p. 417.) Por el mismo principio, quien se presenta como testigo no puede luego ser denunciante por el mismo asunto (*op. loc. cit.*) y quien se presenta como denunciante no puede testificar sobre su propia denuncia. El concepto de parte interesada alcanza así también al denunciante.

¹¹⁵ Ver *infra*, § 25, “Prueba de posiciones.”

¹¹⁶ CABA, CApel. CAyT, Sala I, *Falbo de Martínez*, 21-VIII-08.

cional del instructor, luego de examinados los primeros, resolver recibir otros testimonios si fueren necesarios.¹¹⁷

La citación se hace fijando la primera audiencia y la supletoria,¹¹⁸ para ser examinados en la sede del organismo competente.¹¹⁹ Corresponde al proponente ocuparse de la asistencia de los testigos y si éstos no comparecen a las dos audiencias sin causa justificada,¹²⁰ el reglamento establece que la parte pierde ese testimonio.¹²¹ Esta última regla parece demasiado cómoda para la administración, pues ella no pone nada de sí para ayudar a la producción de la prueba, ni tampoco ofrece salida alguna para el proponente, que, al fin de cuentas, carece de potestades más aun que la administración para intentar siquiera inducir la asistencia de los testigos.

La solución normativa es todavía más desigual cuando se advierte, por la remisión al art. 440 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que se hará prestar juramento o promesa de decir verdad a los testigos y que serán informados de las supuestas consecuencias penales a que pueden dar lugar las declaraciones falsas o reticentes que presten: esa norma del Código Procesal en lo Civil y Comercial, legalmente correcta en cuanto allí se refiere a declaraciones prestadas ante la autoridad judicial, no ha podido ser trasladada válidamente al procedimiento administrativo por el reglamento, con el supuesto alcance de tipificar un delito no contemplado en ley formal alguna, a saber, la falsa o reticente declaración ante un funcionario administrativo. Pensamos que el delito no se configura sino cuando la declaración se presta ante una autoridad judicial *stricto sensu* y por ello el juramento de decir verdad cumple un rol intimidatorio que no se compadece con el desinterés que la norma muestra por la suerte que tenga el particular en conseguir la asistencia de los testigos por él propuestos. Lo más criticable, comparativamente, es no otorgar al particular, en atención a su falta de potestad pública directa o indirecta para forzar la comparecencia del testigo, otras facilidades para poder llevar a cabo esta prueba. La audiencia comienza con el interrogatorio preliminar¹²² y las partes pueden acompañar pliegos de preguntas hasta el momento mismo de la audiencia, pudiendo desde

¹¹⁷ Art. 491 del CPCCN, al cual remite el art. 53 del reglamento.

¹¹⁸ Art. 50 del reglamento.

¹¹⁹ Art. 49; si residen fuera del lugar se puede delegar la tarea a algún funcionario de otra oficina pública cualquiera, nacional o local, ubicada en el lugar de residencia del testigo. Ver el art. 51 del reglamento, que no aclara si la delegación puede también hacerse, como proponemos, a agentes públicos provinciales o incluso municipales si no los hay nacionales en el lugar.

¹²⁰ Ver el art. 419, primera parte y art. 436, primera parte, del CPCCN.

¹²¹ Reglamento nacional, art. 50, cuyos lineamientos sigue a su vez el reglamento de la Provincia de La Pampa, art. 56.

¹²² El art. 53 del reglamento remite al art. 441 del CPCC, según el cual: "Aunque las partes no lo pidan, los testigos serán siempre preguntados: 1º) Por su nombre, edad, estado, profesión y domicilio. 2º) Si es pariente por consanguinidad o afinidad de alguna de las partes y en qué grado. 3º) Si tiene interés directo o indirecto en el pleito. 4º) Si es amigo íntimo o enemigo. 5º) Si es dependiente, acreedor o deudor de alguno de los litigantes, o si tiene algún otro género de relación con ellos."

luego formularse ampliaciones y repreguntas,¹²³ pero además la autoridad pública puede interrogarlos libremente,¹²⁴ todo conforme a las reglas que para preguntas y repreguntas tiene el CPCCN. Una fundamental distinción debe hacerse, además, en el sentido de si la persona es llamada a deponer estrictamente como testigo, o si en cambio se pretende incoar en su contra un procedimiento sancionatorio. Demás está decir que si un individuo “no ha sido oportunamente constituido en parte pasiva en el proceso” y “su comparecencia de fs [...] lo fue como testigo y bajo juramento de decir verdad no obstante formularsele, en algunos pasajes de ese acto procesal, observaciones notoriamente enderezadas a valorar su conducta [...] Ello entraña una violación al precepto constitucional según el cual nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo al par que restringe más allá de lo razonable la inviolabilidad de la defensa en juicio,”¹²⁵ correspondiendo por tanto anular las pertinentes actuaciones “para luego realizar las diligencias sumariales necesarias para su debida sustanciación.”¹²⁶

22.3. Caracteres que deben reunir las preguntas

Las preguntas que se formulen a los testigos deben ser siempre claras, concretas, referidas a un solo hecho¹²⁷ y nunca podrán ser indicativas,¹²⁸ en el sentido de contener un enunciado de la respuesta, permitiendo entonces la simple contestación por “sí” o por “no:” si contravienen este principio deben considerarse inválidas.¹²⁹ Si se trata de imputaciones o reproches, en el caso de un sumario, deben ser “franca y correctamente formulados y por tanto susceptibles de claras y precisas respuestas.”¹³⁰ Tampoco podrán ser ofensivas o vejatorias, ni contener referencias de carácter técnico, a menos que el testigo fuera un especialista en aquello que se le pregunta.¹³¹

¹²³ El art. 53 del reglamento nacional se remite a diversos arts. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en materia de testigos entre los cuales no está el 442, que es el que se refiere a las preguntas; esta omisión, sea o no producto de la inadvertencia, queda de todos modos cubierta por la nueva remisión genérica del art. 106 del reglamento al Código Procesal en “todo lo no previsto expresamente.” Puesto que el reglamento no excluye expresamente las repreguntas, la remisión del art. 106 las incluye. Por lo demás, no se advierte cómo podría llevarse a cabo sensata y eficazmente un testimonio sin admitir las repreguntas. Véase DAVIS, KENNETH CULP, *Administrative Law Text*, St. Paul, 1972, 3ª ed., p. 285 y ss.; DAVIS, KENNETH CULP Y PIERCE, RICHARD, *Administrative Law Treatise*, vol. II, Boston, Little, Brown & Co., 1994, 3ª ed., p. 135, aunque no tan terminantemente; SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 346 y ss.; 1991, 3ª ed., p. 383; TENTOLINI, *op. cit.*, pp. 150 y 151.

¹²⁴ Reglamento, art. 52, primera parte; Ciudad de Buenos Aires, art. 72; La Pampa, art. 58.

¹²⁵ PTN, *Dictámenes*, 99: 279; 96: 350; 143: 101.

¹²⁶ PTN, *Dictámenes*, 99: 280; 96: 353; 143: 101.

¹²⁷ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 443. ALTAMIRA GIGENA, JULIO ISIDORO, “El derecho de defensa en sede administrativa,” *LL*, 127: 1477, § VI y X.

¹²⁸ PTN, *Dictámenes*, 92: 170; ALTAMIRA GIGENA, *op. loc. cit.*; CPCC, art. 443: “no se formularán las que estén concebidas en términos afirmativos, sugieran la respuesta.”

¹²⁹ PTN, *Dictámenes*, *op. loc. cit.*

¹³⁰ PTN, *Dictámenes*, 99: 279.

¹³¹ Art. 443 del Código Procesal Civil y Comercial.

22.4. Caracteres que deben reunir las respuestas

Además, debe tenerse particular cuidado de que las preguntas y las respuestas se refieran a hechos que son del conocimiento *directo y personal del declarante*, siendo inadmisibles totalmente aquellos hechos que el testigo sólo conozca por referencias de terceras personas (lo que en el derecho estadounidense se denomina *hearsay*: lo oído decir); las respuestas de esta índole no deben siquiera ser registradas en el acta de declaración, pues su falta de certeza y seriedad afecta la objetividad del procedimiento. Se ha dicho a este respecto que “en las declaraciones de dichos testigos, la referencia a «comentarios» o que el deponente «piensa» determinado alcance de los hechos,” implica “extralimitar el marco exclusivamente objetivo que es sustancial de la prueba testimonial, (y) no puede concederse a esas declaraciones el valor probatorio claro y categórico que es indispensable para llegar a enervar la presunción de la corrección del funcionario, que es el principio primero y esencial, en las investigaciones de la especie.”¹³² En lo demás se aplican los arts. 444¹³³ y 445: “El testigo contestará sin poder leer notas o apuntes, a menos que por la índole de la pregunta, se le autorizara. En este caso, se dejará constancia en el acta de las respuestas dadas mediante lectura.”

22.5. Repreguntas

Ya hemos explicado, al referirnos a la reserva de las actuaciones, que si la declaración testimonial es tomada sin la presencia y control de las partes, éstas no pueden evitar que se hagan preguntas tendenciosas, ni controlar que se registren fiel e íntegramente las respuestas, ni hacer repreguntas en el mismo acto.¹³⁴ Señalábamos que la única manera de poder probar la falta de veracidad de los dichos, en la prueba testimonial, era precisamente a través de las repreguntas formuladas en la misma oportunidad en que se ha efectuado la contestación a las

¹³² PTN, *Dictámenes*, 63: 298; 85: 130: “Los demás testigos deponen sobre hechos ocurridos en su presencia sino que lo hacen de acuerdo a «comentarios».” Conf. GORPHE, *op. cit.*, p. 365 y sus referencias. El criterio de excluir de la declaración testimonial tanto las deducciones del testigo, como los comentarios que él ha escuchado de otros, ha quedado consagrado entre nosotros en virtud de los señalados dictámenes de la PTN y constituye a nuestro modo de ver el principio correcto. Para una opinión contraria sobre la inadmisibilidad de que el testigo formule conclusiones o deducciones, ver TENTOLINI, *op. cit.*, p. 147. Para una apreciación crítica de la tendencia actual del derecho norteamericano acerca de la inadmisibilidad de lo oído decir por el testigo, ver DAVIS, KENNETH CULP, *Administrative Law Text, op. ult. cit.*, p. 271 y ss. y sus referencias y DAVIS, KENNETH CULP y PIERCE, RICHARD, *Administrative Law Treatise, op. cit.*, p. 129 y ss., esp. p. 134, aunque menos terminantes en cuanto a la inadmisibilidad de lo que hayan oído o leído los testigos. Comp. SCHWARTZ, *op. cit.*, 3ª ed., p. 379, con cita de *Peters v. United States*, 408 F.2d 719, Court of Claims, 1969. Se trataba del caso de un agente público que iba a ser dado de baja por cohecho, probado ello por dichos no corroborados de terceros (declaraciones escritas de tres testigos a su vez presumiblemente influenciados pecuniariamente, según el relato del caso.)

¹³³ Art. 444 del CPCCN: “El testigo podrá rehusarse a contestar las preguntas: 1º) Si la respuesta lo expusiere a enjuiciamiento penal o comprometiera su honor. 2º) Si no pudiere responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial.”

¹³⁴ *Supra*, cap. IV, § 17, “¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?”

preguntas. De allí que es fundamental la presencia de las partes interesadas y sus letrados, a fin de que hagan las repreguntas que sean del caso. Tratándose de un testigo adverso, consideramos aplicable la regla que permite alguna mayor latitud en la formulación de las repreguntas.

Si la administración no respeta estos principios y no permite en algún caso —no demasiado infrecuente, lamentablemente— que el letrado controle la producción de esta prueba en la etapa inicial del sumario, debe entonces plantearse la cuestión constitucional y dejar a salvo el derecho de hacerlos deponer nuevamente, esta vez bajo garantías objetivas, en un procedimiento judicial donde deban ratificarse o rectificarse de sus dichos, con la posibilidad de ser condenados por falso testimonio.

A veces, aunque más raramente, puede ocurrir que incluso una vez terminada la etapa del secreto sumarial y cuando se está produciendo la prueba de descargo del sumariado, En el caso de los sumarios administrativos disciplinarios el art. 46 del decr. 467/99 dispone que El sumario será secreto hasta que el instructor dé por terminada la prueba de cargo, y no se admitirán en él debates ni defensas, salvo la solicitud de medidas de prueba. El secreto de los sumarios no alcanzará a la Procuración del Tesoro de la Nación ni a la Sindicatura General de la Nación, cuando estos organismos realicen auditorías de aquéllos. En la etapa contradictoria el art 114 dispone: “Se podrá ofrecer hasta un máximo de cinco testigos y dos supletorios, denunciando nombre y apellido, ocupación y domicilio de los mismos. El número de testigos podrá ser ampliado cuando, a juicio del instructor, la cantidad de hechos o la complejidad de los mismos así lo justifique. Las preguntas a cuyo tenor serán examinados dichos testigos deberán presentarse hasta dos (2) días antes de la audiencia. En caso contrario se tendrá por desistido el testimonio. Podrán ampliarse las preguntas y los testigos ser repreguntados por el sumariado, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas o el instructor. No podrán ofrecerse testigos de concepto ni preguntas relacionadas con ello.” Esta disposición legal importa la obligación del instructor de notificar de la audiencia tanto al sumariado como a la Fiscalía de Investigaciones administrativas si fuere parte acusadora, con tiempo suficiente las fechas de las audiencias para permitir el contralor, bajo pena de nulidad de las actuaciones y dado el carácter secreto de las actuaciones se podrán formular preguntas aclaratoria sobre las declaraciones prestadas en la etapa en la cual el sumario fue secreto ampliando el numero de testigos.

Ello por supuesto ya constituye una arbitrariedad manifiesta, cuya única finalidad es ejercer indebida presión moral sobre los testigos de descargo (a lo cual pueden ellos ser susceptibles en fuerte grado, en caso de ser a la vez funcionarios públicos.) En estos supuestos pensamos que la falta de control invalida totalmente las declaraciones; incluso, teóricamente al menos, pensamos que

sería procedente la acción de amparo para evitar que se consume de ese modo la indefensión del sumariado.

De cualquier manera, al producirse la necesaria revisión judicial del acto sancionatorio que eventualmente se dicte, corresponderá pedir se llame a deponer nuevamente —o por primera vez con seriedad— a los testigos que declararon administrativamente bajo esas condiciones de presión moral y en tal ocasión controlar judicialmente la ratificación de sus dichos administrativos.¹³⁵

22.6. *Intérpretes*

En el caso de habitantes que no tengan uso fácil del idioma nacional, corresponderá designar un intérprete para que traduzca las preguntas y respuestas.¹³⁶ Tratándose de personas pertenecientes a culturas indígenas, ha sido útil en más de un caso la asistencia de un perito antropólogo¹³⁷ para la comprensión más profunda y no ya la mera traducción de las respuestas. En el supuesto de los sordos, mudos y sordomudos¹³⁸ que no puedan manifestarse por escrito, será también pertinente la participación de un intérprete.¹³⁹ En todos estos casos el intérprete puede considerarse una suerte de perito, por cuanto su traducción en el caso de idiomas, o interpretación en el caso de mudos y sordomudos, es el medio técnico por el cual se torna inteligible al administrador la prueba producida, sea ella genérica o específica;¹⁴⁰ así como un perito interpreta un documento técnico, plano, boceto, etc., que pueda escapar a la aptitud profesional del administrador, así también el intérprete en los casos señalados cumple análoga función técnica. No obstante, no consideramos que sea indispensable, en ausencia de norma expresa en contrario, adoptar un procedimiento formal para la designación del intérprete en los casos en que sea necesario o conveniente, como pretenden las normas nacionales para el caso del perito.¹⁴¹

22.7. *La oralidad del testimonio*

El principio de la oralidad de los testimonios, “inherente a todo sistema acusatorio, requiere que los testigos sean oídos directamente por el juez encargado de juzgar, para permitir su examen inmediato;”¹⁴² esta regla de la oralidad va pareja con la

¹³⁵ Es que, como dice GORPHE, *op. cit.*, p. 387, “Se ha observado asimismo, que por lo general, los testigos pesan menos sus declaraciones en las pesquisas oficiosas que ante la justicia.”

¹³⁶ Chubut, art. 26, inc. 11; Yugoslavia, art. 179, inc. 1º); la Constitución del Perú, art. 233, inc. 15, como garantía del individuo en la administración de justicia.

¹³⁷ *Infra*, § 26.3, “Pruebas periciales especiales” y § 28, “Otros medios de prueba,” combinación de distintos medios probatorios.

¹³⁸ Debe distinguirse la cuestión del sordomudo como testigo y como parte en el procedimiento administrativo. El segundo aspecto lo hemos tratado *supra*, cap. I, § 7.1, “Sordomudos.”

¹³⁹ Como lo disponía la ley yugoslava, art. 179, inc. 2º, citada por GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Procedimientos administrativos especiales*, Madrid, ENAP, 1969, pp. 66-67.

¹⁴⁰ En este sentido TENTOLINI, *op. cit.*, p. 135, quien lo califica de “perito impropio.”

¹⁴¹ *Infra*, § 26.2, “Procedimiento formal o informal.”

¹⁴² GORPHE, *op. cit.*, p. 382.

de la publicidad, “garantía complementaria concedida mediante la comprobación de las partes y del auditorio.”¹⁴³

En el procedimiento administrativo, en cambio, la producción de la prueba testimonial, aun efectuada oralmente y con audiencia de las partes, no sirve a la inmediación procesal, pues el instructor del procedimiento no será normalmente la autoridad competente para decidir. Ello significa que aun producido oralmente el testimonio desde un punto de vista material, se valora siempre bajo la forma de una deposición escrita: desde este punto de vista, salvo el aspecto del control de la administración y las partes, ninguna diferencia habría entre la producción de la prueba testimonial en la propia administración o fuera de ella y su posterior aporte al expediente por el particular.¹⁴⁴ Si el escrito no reproduce taquigráficamente y con absoluta exactitud las declaraciones del testigo, más que deposición oral se aproxima a una deposición escrita y hasta es inferior a ésta: el acto del interrogatorio realizado por el instructor “con frecuencia traduce en el estilo del instructor el lenguaje del testigo y a veces deforma el sentido al cambiar las palabras. Si el instructor se preocupa más de la forma que de la exactitud y comprende de manera insuficiente lo que el testigo desea decir, se expondrá a reducir el acta, por decirlo así, a una deposición de deposición, según la frase de BERADT [...] falta de objetividad y precisión [...] no refleja la espontaneidad de las declaraciones, el tono del testigo y su manera de deponer.”¹⁴⁵

22.8. *¿Prueba testimonial producida por escrito?*

Por todo ello pensamos que no existe sustancial diferencia entre la prueba testimonial producida por escrito¹⁴⁶ y la producida oralmente en sede administrativa. Pensamos que puede utilizarse al efecto una suerte de doble instancia: recurrir el particular primero a la deposición escrita directa del testigo, deposición ésta que se presenta a la administración para su incorporación al expediente, quedando a criterio de la administración llamar o no nuevamente al testigo para deponer oralmente a fin de reforzar, aclarar, precisar o ratificar su declaración escrita.

También se produce de este modo una cierta aproximación a la prueba de informes, de la cual ya SENTÍS MELENDO señalaba que podía adquirir “validez y fuerza de prueba testifical,” llamando a quien emitió el informe ya presentado en autos para que se ratifique como testigo de su contenido.¹⁴⁷ Podrá ser una cuestión debatible, en el caso de la declaración producida por escrito por una persona que el particular ofrece como testigo, si dicha declaración escrita tiene carácter de “testimonio escrito” o de “informe,” pero no hay duda de que se trata

¹⁴³ GORPHE, *op. loc. cit.*

¹⁴⁴ *Supra*, § 7, “Producción informal de la prueba.”

¹⁴⁵ GORPHE, *op. cit.*, p. 385, quien cita a BERADT, *Der Richter*, Franckfurt, 1909, p. 42.

¹⁴⁶ *Infra*, cap. VII, § 10.1, “Producción privada de la prueba.”

¹⁴⁷ SENTÍS MELENDO, *op. cit.*, p. 268 y nota 13. Ver también *supra*, § 19.2, “Informes de personas no estatales,” *infra*, cap. VII, § 10.1; *supra*, en este mismo cap., § 7, “Producción informal de la prueba.”

de todos modos de una prueba concreta que no puede dejar de contribuir a formar la convicción del administrador o del juez que debe decidir,¹⁴⁸ y que puede ser convenientemente reforzada, controlada, ampliada, etc., llamando la administración a su firmante para que se ratifique como testigo. Si la administración opta por no llamarlo a deponer como testigo, habiendo sido el firmante propuesto como tal, estimamos que debe en principio atenerse a lo declarado por escrito por él.

23. *Funcionarios que pueden declarar por informe*

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación expresa en el art. 426 que “Toda persona mayor de catorce años podrá ser propuesta como testigo y tendrá el deber de comparecer y declarar, salvo las excepciones establecidas por ley” y en el art. 455, al cual nos remite el art. 53 del reglamento de procedimiento administrativo, dispone: “Exceptúase de la obligación de comparecer a prestar declaración a los funcionarios que determine la reglamentación de la Corte Suprema.” En otras palabras, la ley *delega* a la Corte Suprema la integración¹⁴⁹ de la norma, determinando las personas a las cuales se aplicará; en la fijación de estas situaciones, el tribunal actuará no ya como órgano jurisdiccional, sino como órgano administrativo.¹⁵⁰ En virtud de dicho art. 455, la Corte Suprema dictó la acordada del 20 de diciembre de 1967,¹⁵¹ en la que dispone: “Exceptúase de la obligación de comparecer a prestar declaración testimonial a las siguientes personas:

“Presidente y Vicepresidente de la Nación; Ministros y Secretarios del Poder Ejecutivo; Subsecretarios de los Ministerios y Secretarías de Estado; Gobernadores y Vicegobernadores de las Provincias y del Territorio Nacional (hoy Provincia) de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; Ministros y Secretarios del Poder Ejecutivo de las Provincias y del Territorio antes mencionado; legisladores nacionales y provinciales; Magistrados de la justicia nacional y provincial y funcionarios judiciales asimilados a esa calidad; Obispos y prelados; el Procurador del Tesoro; Fiscales de Estado; Intendentes municipales; Presidentes de los Consejos Deliberantes y Secretarios del departamento ejecutivo de las municipalidades; Oficiales superiores de las Fuerzas Armadas; Embajadores, Ministros Plenipotenciarios y Cónsules Generales; Rectores y Decanos de Universidades Nacionales; Presidentes de bancos oficiales, nacionales y provinciales; Presidentes, Administradores, Directores, Gerentes o titulares de cargos equivalentes que importen la representación legal de entidades autárquicas y empresas de

¹⁴⁸ TENTOLINI, *op. cit.*, p. 74, formula esta apreciación en otro caso de prueba, al evaluar si el hecho admitido o reconocido por las partes sin formalidad de confesión —p. ej. por tratarse de la administración— ha de ser evaluado y con qué carácter.

¹⁴⁹ En el sentido expuesto *supra*, t. 1, cap. VII, § 13, “Reglamentos delegados o de integración;” comparar el diverso supuesto a que nos referimos en el t. 2, cap. VII, § 15, “Algunas conclusiones.”

¹⁵⁰ Sobre estos aspectos ver *supra*, t. 1, cap. IX.

¹⁵¹ Publicada en *Fallos*, 269: 357-8.

Estado, nacionales y provinciales; Jefes y Subjefes de la Policía Federal y de las Provincias; Directores de Institutos Penales de la Nación y de las Provincias; jefes de reparticiones de la administración pública, nacional, provincial y comunal que, en atención al buen servicio de la función que desempeñan no deban, a juicio del juez y según las circunstancias del caso, comparecer personalmente a declarar como testigos.”¹⁵²

Esta enumeración, ante todo, peca por demasiado extensa, pero es ésta una cuestión de política legislativa que no puede merecer otro reparo que el de nacer de una delegación legislativa a su vez excesivamente amplia y casi sin límite legal. Con todo, a más de efectuar una muy extensa enumeración, la Acordada intenta aun establecer un criterio general que permita a los jueces encontrar más excepciones al principio inicial de la obligación que tienen los testigos de comparecer a juicio en caso de ser llamados. La última parte de la acordada ya vista, expresa que quedarán exceptuados aquellos “jefes de reparticiones” de la administración que, “en atención al buen servicio de la función que desempeñan no deban, *a juicio del juez [...] comparecer.*” en esto pensamos que la acordada se excede del marco de lo que la ley autoriza, pues la ley le delega a la Corte Suprema el fijar ella misma qué personas no deberán comparecer personalmente a declarar como testigos, pero no la faculta en cambio para *volver a delegar* en todos los jueces, sin discriminación de fueros ni jerarquías, la atribución de nuevamente exceptuar más personas de aquella obligación legal. Por lo expuesto estimamos *ilegal* la última parte de la Acordada y consideramos en consecuencia que los jueces deben abstenerse de ejercer esa facultad subdelegada. Fluye de lo expuesto que lo que consideramos no pueden hacer los jueces, menos aun podrá hacerlo un funcionario, primero por no tratarse de un órgano imparcial e independiente.

Segundo porque la norma que supuestamente vendría a autorizar tal excepción es a su vez un reglamento administrativo, con lo cual tendríamos un reglamento autónomo¹⁵³ pretendiendo extender una subdelegación ilegal de un reglamento delegado,¹⁵⁴ a órganos no jurisdiccionales. Del primer paso dado por la ley (el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), hacia un reglamento delegado (la Acordada), excediendo ésta del marco de aquélla por la subdelegación no autorizada, pasaríamos así a un tercer paso en el cual un reglamento autónomo extiende tal subdelegación a órganos administrativos... Nos parece jurídicamente inadmisibles y además inconveniente, en cuanto se lo pretenda hacer funcionar como una posibilidad legal o reglamentaria de eximir a determinado funcionario de deponer en un expediente administrativo como testigo, en forma personal y

¹⁵² Como puntualizó la CSJN en la causa *Menem c/ Sokolowicz, LL*, 1998-C, 778, si bien el art. 455 del Cód. Procesal no es aplicable analógicamente a la prueba de posiciones, razones de tipo institucional justificaron que el Presidente de la Nación no fuera obligado a comparecer en sede judicial, permitiéndose la celebración de la audiencia respectiva en su despacho oficial.

¹⁵³ Con ya sus propias limitaciones, que explicamos *supra*, t. 1, cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” § 14, “Reglamentos autónomos.”

¹⁵⁴ *Supra*, t. 1, cap. VII, § 13, “Reglamentos delegados o de integración.”

directa. Ello no excluye en cambio y según lo hemos explicado anteriormente, que el propio particular obtenga la producción escrita de las declaraciones de que se trate y las incorpore al expediente ofreciendo entonces él, a la inversa, que sea la administración quien si lo prefiere lo llame a concurrir personalmente.

24. *Las repreguntas en el testimonio evacuado por informe*

Un problema formal que presenta la prueba testimonial evacuada por medio de informes es si las repreguntas se harán en un pliego aparte, una vez recibida la contestación escrita a las preguntas,¹⁵⁵ o si en cambio habrán de formularse “anticipadamente, en vista de las preguntas.”¹⁵⁶

A nuestro juicio no puede admitirse que las repreguntas deban formularse juntamente con las preguntas, porque nos parece poco menos que imposible de realizar y porque de hecho desvirtúa el sentido de las repreguntas y lesiona el derecho de defensa de quien repregunta, al obligarlo a hacerlo sin conocer las respuestas dadas a las preguntas. Las repreguntas, en el caso de los testimonios contestados por informe, deben hacerse una vez recibida la contestación a las preguntas.

25. *Prueba de posiciones*

El reglamento no admite prueba de posiciones a los agentes públicos o los particulares, pero la confesión voluntaria produce efectos.¹⁵⁷ La norma no aclara si esto se refiere tanto a la confesión de los funcionarios como de los particulares, o sólo a la de estos últimos. En el primer caso, si se tratare de los funcionarios competentes para obligar a la administración, la confesión sería válida y obligatoria para la administración.

Si en cambio se pretendiera interpretar la norma en el sentido de que ella quiso excluir la confesión administrativa pero en cambio admitir la del particular, cabrían fundadas dudas sobre su constitucionalidad en el procedimiento administrativo, por atentar contra una razonable equiparación de las partes.

26. *Prueba pericial*

26.1. *Admisibilidad*

El administrado puede también, a más de solicitar la producción de informes técnicos por parte de la administración, pedir la realización de pericias, p. ej. si se trata de conocer o apreciar algún hecho que exija conocimientos especializados,

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ, RAYMUNDO L., *Código...*, op. cit., p. 267.

¹⁵⁶ SENTÍS MELENDO, op. cit., p. 255.

¹⁵⁷ Dice el art. 59: “Sin perjuicio de lo que establecieran las normas relativas a la potestad correctiva o disciplinaria de la administración, no serán citados a prestar confesión la parte interesada ni los agentes públicos, pero estos últimos podrán ser ofrecidos por el administrado como testigos, informantes o peritos. La confesión voluntaria tendrá, sin embargo, los alcances que resultan de los artículos 423, 424 y 425 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.”

científicos, artísticos o prácticos.¹⁵⁸ El reglamento admite la prueba pericial por el particular, a su costa;¹⁵⁹ la administración, según el art. 54, se abstendrá normalmente de la designación de peritos, salvo que sea necesario.¹⁶⁰ El particular puede, pero no está obligado a, soportar las costas del perito de la administración.

26.2. *Procedimiento formal o informal*

El reglamento prevé un procedimiento complejo y a la postre inútil para la prueba pericial: designación, cuestionario, aceptación del cargo, reemplazante, plazo, etc.,¹⁶¹ pero dado el informalismo del procedimiento,¹⁶² esas normas son de aplicación preferente cuando el perito es común de la administración y el administrado, o cuando hay pericias formales de ambas partes por separado. De lo contrario, el principio del decreto-ley, de jerarquía normativa superior, debe primar en cuanto al informalismo y por ello no existen inconvenientes de orden legal para que el perito efectúe directamente la diligencia y produzca su informe en el expediente, sin otro trámite y sin necesidad de expresa y previa designación al efecto. Ahora bien, sea que la pericia se produzca formal o informalmente, es claro que su procedencia sigue las reglas procesales comunes,¹⁶³ como así también lo atinente a la idoneidad del perito,¹⁶⁴ causales de recusación,¹⁶⁵ que

¹⁵⁸ LÓPEZ-NIETO y MALLO, *op. cit.*, p. 286. La pericia no declara sobre los hechos, sino que los enjuicia o valora técnicamente; o sea, que más que un medio de prueba en sentido estricto, constituye un auxilio “para la valoración de los hechos objeto de prueba” (SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1950, p. 233); pero frecuentemente una persona actúa como testigo y perito simultáneamente, v. gr. un médico (SCHÖNKE, *op. cit.*, p. 225; SENTÍS MELENDO, *op. cit.*, p. 329; HELLBLING, *op. cit.*, p. 280.)

¹⁵⁹ Su regulación y pago, a su vez, no corresponde hacerla en el trámite administrativo sino privadamente y en caso de desacuerdo, judicialmente.

¹⁶⁰ También puede según el art. 476 del Código Procesal Civil y Comercial: “requerir opinión a universidades, academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico, cuando el dictamen pericial requiriere operaciones o conocimientos de alta especialización.” En igual sentido que el art. 54 del reglamento nacional; La Pampa, art. 60; el art. 37 de Uruguay. Perú, art. 176.2, prohíbe que la administración contrate peritos externos a este efecto.

¹⁶¹ Arts. 55, 56 y 57, que agrega: “Serán de aplicación supletoria las normas contenidas en los artículos 459, 464, 466, 471, 472, 474, 476 y 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.” La ley de la Ciudad de Buenos Aires, arts. 73 a 75 y el reglamento de La Pampa, arts. 61, 62 y 63 transcriben los textos nacionales. En Uruguay este aspecto es menos formal, art. 37.

¹⁶² Acerca del informalismo en la producción de la prueba en sede administrativa, ver GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, *op. cit.*, p. 297, con base en reiterada jurisprudencia allí citada. Ampliar *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 11, “Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado.”

¹⁶³ CPCCN, art. 457: “*Procedencia*. Será admisible la prueba pericial cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiriere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada.”

¹⁶⁴ CPCCN, art. 464: “*Idoneidad*. Si la profesión estuviese reglamentada, los peritos deberán tener título habilitante en la ciencia arte, industria o actividad técnica especializada a que pertenezcan las cuestiones acerca de las cuales deban expedirse. En caso contrario, o cuando no hubiere peritos en el lugar del proceso, podrá ser nombrada cualquier persona entendida, aun cuando careciere de título.”

¹⁶⁵ CPCCN, art. 466: “*Causales*. Serán causas de recusación las previstas respecto de los jueces; también, la falta de título o por incompetencia en la materia de que se trate, en el supuesto del art. 464, párrafo segundo.”

pueden formularse *ex ante* si el procedimiento se ha hecho formal, o *ex post* si se lo ha llevado informalmente. Si por la presentación informal de la pericia no se cumple con lo establecido en el art. 471 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,¹⁶⁶ corresponde a la administración si esto a su juicio hace objetable la pericia, cuestionarla en tiempo y forma y pedir la nueva realización de la prueba, ahora conforme al procedimiento más formal previsto en la reglamentación. Si no se hace esta observación deberá la administración por principio atenerse a los resultados de la pericia de parte y si hubiere fundadas razones para dudar de su fuerza de convicción, entonces convocar nuevamente al perito para realizar la pericia con mayores formalidades. Lo que no puede hacer la administración, a nuestro juicio, es prestar oídos sordos a la pericia, sea cual fuere la forma de su introducción en el procedimiento.¹⁶⁷

26.3. Pruebas periciales especiales

Algunas pruebas lesivas a la libertad personal, tales como la ya mencionada extracción de muestras de sangre para analizar su grado alcohólico, si no existe ley que faculte expresamente a la administración a hacerlo, no puede ésta ordenar la pericia en contra de la voluntad del administrado.¹⁶⁸ También puede dar lugar a algunas dificultades la prueba pericial producida para casos especiales, tales como la del *perito psicólogo* en la apreciación del testimonio prestado por menores¹⁶⁹ o por personas con deficiencias mentales.¹⁷⁰ Debe utilizarse prudencia tanto para apreciar la prueba del testigo y el juicio profesional del perito.¹⁷¹

Puede asimismo ser de interés la participación de un perito antropólogo, cuando el procedimiento se vincula a personas pertenecientes a culturas indígenas o foráneas;¹⁷² perito arquitecto, ingeniero, urbanista, etc., cuando se cuestiona la legitimidad técnica de la conducta administrativa. En algunas ciencias no

¹⁶⁶ Art. 471: “*Práctica de la pericia*: La pericia estará a cargo del perito designado por el juez. Los consultores técnicos, las partes y sus letrados podrán presenciar las operaciones técnicas que se realicen y formular las observaciones que consideraren pertinentes.”

¹⁶⁷ Ver también *infra*, cap. VII, § 10.1, “Producción privada de la prueba” y *supra*, cap. VI, § 7, “Producción informal de la prueba;” § 19.2, “Informes de personas no estatales;” § 22.7, “La oralidad del testimonio;” § 22.8, “¿Prueba testimonial producida por escrito?”

¹⁶⁸ Ver art. 378 del CPCCN, en igual sentido.

¹⁶⁹ Ver ROESEN, ANTON, “Der psychologische Sachverständige im Sittlichkeitsprozess,” en *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich, Berlin-Frankfurt a.M., 1964, 10: 442. En algunos casos este testimonio limitado puede llegar a resultar indispensable, aun en ausencia de previsión legal expresa.

¹⁷⁰ Ver HETZER, HIEDEGARD y PFEIFFER, HORST, “Glaubwürdigkeit geistig behinderter Tatzeugen,” en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964: 441.

¹⁷¹ Ver ROESEN, *op. loc. cit.*; GORPHE, *op. cit.*, p. 435, señala que “Esta prueba pericial de credibilidad constituye para los testigos lo que la prueba pericial de responsabilidad es para los procesados.” A ello hay que sumar la propia apreciación *de visu*, siempre sujeta a error como resultó en *Saguir y Dib*, CSJN, Fallos, 302-2: 1284, LL, 1981-A, 397 (1980); MILLER, JONATHAN; GELLI, MARÍA ANGÉLICA y CAYUSO, SUSANA, *Constitución y poder político*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1987, pp. 68-80 y cuestionario de pp. 80-1.

¹⁷² Ya ha ocurrido en materia penal que correspondiera valorar especialmente la actitud del presunto responsable en relación a sus valores, creencias religiosas, pautas culturales, etc.

hay sino *una* solución posible, incluso de carácter universal.¹⁷³ Desde luego, hay también materias no tan universales pero no por ello menos obligatorias para el funcionario. Podemos mencionar entre éstas el perito calígrafo, si se trata de establecer la autenticidad de una firma o un cuerpo de escritura;¹⁷⁴ perito enólogo para la calidad de un vino¹⁷⁵ y así sucesivamente, según las ramas del conocimiento científico, del arte,¹⁷⁶ la destreza o experiencia,¹⁷⁷ etc.

27. Prueba documental

En materia de cuáles documentos habrán de ser admisibles, la regla debe formularse con la máxima amplitud y es por ello que pueden presentarse documentos públicos o privados; firmados o no firmados;¹⁷⁸ entre los firmados, autógrafos o heterógrafos.¹⁷⁹ A su vez, puede tratarse no solamente de documentos originales,¹⁸⁰ sino también fotocopias, duplicados, copias fehacientes, legalizadas o simples,¹⁸¹ su valor probatorio será en cada caso distinto. En los casos que sea necesario para la ilustración de los aspectos materiales, puede ser necesario una pericia contable, de auditoría, de economía, etc., que se obtiene privadamente y se agrega sin más al expediente. Puede tratarse de cualquier documento escrito, o planos, dibujos, etc.;¹⁸² libros de comercio, u otro tipo de libros.¹⁸³ En el caso de los libros de comercio, la introducción de la prueba no se hace por cierto acompañando

¹⁷³ Ver PEDRIERI, ALBERTO, "Le norme tecniche come fattore di erosioni e di trasferimento di sovranità," en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. IV, Módena, Mucchi Editores, 1966, p. 1413 y ss.

¹⁷⁴ En esto las reglas serán análogas a las judiciales.

¹⁷⁵ Para verificar su adulteración u otra irregularidad, bajo control del particular: CSJN *Dumit*, *Fallos*, 284: 150, año 1972.

¹⁷⁶ Un perito en escultura, pintura, música, cinematografía, etc.

¹⁷⁷ Un baqueano, un práctico en navegación, un guía, etc.

¹⁷⁸ Sobre esta distinción ver SCHÖNKE, *op. cit.*, p. 220. Sin duda, los documentos no firmados son de interés principalmente en los procesos penales y en los sumarios administrativos. SCHÖNKE señala que "el concepto de documento del derecho penal es más amplio" (*op. cit.*, p. 220) y consideramos que el mismo principio es aplicable al caso de los sumarios administrativos.

¹⁷⁹ CARNELUTTI, FRANCESCO, *La prueba civil*, Buenos Aires, 1955, p. 161 y ss.

¹⁸⁰ HELLBLING, *op. cit.*, p. 283. Dice el art. 27 del reglamento: "Los documentos que se acompañen a los escritos y aquellos cuya agregación se solicite a título de prueba podrán presentarse en su original, en testimonios expedidos por autoridad competente o en copia que certificará la autoridad administrativa previo cotejo con el original, el que se devolverá al interesado." "Podrá solicitarse la reserva de cualquier documento, libro o comprobante que se presente, en cuyo caso se procederá a su guarda bajo constancia."

¹⁸¹ Sobre la distinción ver SCHÖNKE, *op. cit.*, p. 221. Algunas provincias exigen copias legalizadas, pero en el orden nacional, con mejor criterio, no se exige este requisito sin perjuicio de que en caso de duda sobre la autenticidad de la prueba aportada pueda pedírsele *a posteriori*.

¹⁸² HELLBLING, *op. cit.*, p. 283. En el caso de que no se trate de una representación objetiva de un pensamiento, sea en forma escrita o material, ALSINA, entiende que debe hablarse de "instrumento" y no de "documento" (ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. 1, Buenos Aires, 1956, p. 392.) El art. 29 del reglamento establece que "Los documentos y planos que se presenten, excepto los croquis, deberán estar firmados por profesionales inscriptos en matrícula nacional, provincial o municipal, indistintamente."

¹⁸³ Ver JOFRE, *op. cit.*, p. 337 y ss.

los libros, sino copias autenticadas, si se trata de simples transcripciones de asientos.¹⁸⁴ Es de práctica, en estas situaciones, acompañar una pericia privada sobre lo que dicen o explican los libros y también ofrecer a la administración realizar inspecciones o pericias.¹⁸⁵ Puede tratarse de documentos nacionales o extranjeros, aunque los de otro idioma deben ir traducidos,¹⁸⁶ salvo que se trate de folletos ilustrativos.¹⁸⁷

28. Otros medios de prueba

No existiendo disposición alguna que limite expresamente los medios de prueba de que puede hacerse uso, entendemos que pueden emplearse otros medios accesibles a través de la técnica moderna: pruebas fonográficas¹⁸⁸ o magnetofónicas, fotográficas,¹⁸⁹ impresiones digitalizadas, radiográficas,¹⁹⁰ fílmicas, *video tape* o *video cassette*, DVDs, CDROMs, etc.¹⁹¹

También son admisibles las inspecciones oculares, o a través de otros sentidos: prueba de gusto, de olfato, de tacto, de oído;¹⁹² con todo, en estos casos es más probable que la apreciación de tales hechos se efectúe por medio de peritos;¹⁹³ o en otra alternativa con la colaboración de peritos,¹⁹⁴ es decir, realizar la medida probatoria el órgano administrativo personalmente, pero acompañado y aconsejado por el perito.¹⁹⁵ También puede combinarse la prueba pericial y la prueba de

¹⁸⁴ En principio se trata de libros de comercio nacionales, aunque nada impide ofrecer como prueba los libros de comercio llevados en un país extranjero de acuerdo a la legislación mercantil respectiva (HELLBLING, *op. cit.*, p. 285.) El autor mencionado entiende que la fuerza probatoria no habrá de ser mayor ni durar más tiempo que el establecido en la legislación del país extranjero de que se trata, para los libros nacionales en aquel territorio (*op. cit.*, p. 285.)

¹⁸⁵ En este sentido, en el proceso civil, PALACIO, *op. cit.*, p. 198.

¹⁸⁶ Reglamento nacional, art. 28: “*Documentos de extrajurisdicción legalizados. Traducción:* Los documentos expedidos por autoridad extranjera deberán presentarse debidamente legalizados si así lo exigiere la autoridad administrativa. Los redactados en idioma extranjero deberán acompañarse con su correspondiente traducción hecha por traductor matriculado.”

¹⁸⁷ Cuyo valor probatorio sea por lo tanto secundario y complementario.

¹⁸⁸ En el proceso civil, COLOMBO, LEONARDO A., “La prueba fonográfica de los hechos,” *LL*, 51: 1152.

¹⁸⁹ Ver DIAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, “Las fotografías como medio de prueba en el juicio civil,” *JA*, 23: 117; para otros es una prueba documental: COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1958, 3ª ed., p. 166; ver sin embargo ALSINA, *op. cit.*, p. 392.

¹⁹⁰ Respecto de las placas de rayos “X” como evidencia, puede verse el trabajo de CHARLES C. SCOTT, en *Michigan Law Review*, Ann Arbor, t. 44, n° 5, p. 773 y ss., 1946.

¹⁹¹ También llamados documentos informáticos, electrónicos o telemáticos: ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, pp. 293-4.

¹⁹² HELLBLING, *op. cit.*, p. 311; ley austríaca, art. 54; en el proceso ordinario ver ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1955, p. 239; EISNER, ISIDORO, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, p. 74.

¹⁹³ Es más probable y más frecuente en la práctica, pero no necesario.

¹⁹⁴ HELLBLING, *op. cit.*, p. 311; ley austríaca, art. 54.

¹⁹⁵ En igual criterio, el art. 479 del CPCCN, expresa que el reconocimiento judicial (no se usó ahora la expresión “inspección ocular,” por su reconocida limitación a un solo sentido), podrá ordenarse también con “la concurrencia de peritos y testigos a dicho acto,” inc. 2°).

inspección ocular disponiendo que el funcionario esté presente durante la realización de la pericia, lo que da más inmediación,¹⁹⁶ sin sustituir al medio de prueba.

La inspección ocular, táctil, olfativa, etc., puede realizarse no sólo sobre objetos inanimados, sino también —en ciertos casos— sobre personas¹⁹⁷ y animales,¹⁹⁸ pudiendo consistir en una comparación, medición, etc.; constituye un medio de prueba de cierto interés, en cuanto otorga mayor inmediación.¹⁹⁹ En el caso de las pruebas a realizarse sobre la persona física no existe en el derecho argentino una obligación legalmente establecida de soportar la inspección,²⁰⁰ razón por la cual será siempre necesario el consentimiento de la persona afectada.

La regla cambia en la relación de empleo público, en que los exámenes médicos son obligatorios para entrar a la administración. También se ha planteado la cuestión en relación a la extracción de sangre a fin de determinar la verdadera identidad de una persona, cuando dicha identidad se halla razonablemente dubitada; pero existen hoy en día medios menos invasivos como es el pedido de una muestra de saliva, de cabello, etc., con los cuales ya es posible realizar los *tests* de ADN. No parece que pueda justificarse, ni siquiera judicialmente, una extracción compulsiva de sangre existiendo tales métodos menos invasivos de obtener el mismo resultado.

No procede la inspección ocular sobre archivos, cuando ella puede ser suplida eficazmente por informes o certificaciones.²⁰¹ Suele caracterizarse a la inspección ocular como una actividad que se desarrolla fuera de la sede del organismo,²⁰² pero si bien ello es lo usual, no constituye una regla absoluta ya que también pueden las partes traer a la sede del órgano el objeto respecto del cual se propone su acceso directo por aquél, cuando ello es materialmente posible.

29. La fotografía y firma digitalizadas

Es probable que la innovación tecnológica amplíe los medios de prueba hoy conocidos. Así p. ej. una importante innovación tecnológica se ha producido en la Ciudad de Buenos Aires. Una norma legal local, de igual jerarquía que las normas nacionales²⁰³ resuelve para el derecho administrativo local que las fotografías

¹⁹⁶ HELBLING, *op. cit.*, p. 312.

¹⁹⁷ En estos casos el conocimiento será generalmente mediato, a través de una pericia médica.

¹⁹⁸ HELBLING, *op. cit.*, p. 312.

¹⁹⁹ HELBLING, *op. cit.*, p. 311.

²⁰⁰ Tampoco en el derecho austríaco: HELBLING, *op. cit.*, p. 312.

²⁰¹ Corte Suprema de Justicia de Venezuela, 1967, transcripto en BREWER CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, *La actividad administrativa*, vol. 1, *Reglamentos, procedimientos y actos administrativos*, Caracas, 1976, pp. 160-1.

²⁰² TENTOLINI, *op. cit.*, p. 151.

²⁰³ Esto es así porque la legislatura local sustituye en las atribuciones propias las que antes ejerciera el Congreso de la Nación como legislatura local. El *iter* normativo es el siguiente: en virtud de las facultades transitorias del art. 103 de la Constitución local el Jefe de Gobierno de la Ciudad dictó el decreto-ley 1.657/97, ratificado por la H. Legislatura, modificado por el decreto-ley 1.780/97, también ratificado por la legislatura y modificado por ley 18/98.

digitalizadas —entre otros medios—²⁰⁴ adquieren el carácter de instrumentos públicos²⁰⁵ y generan a sus vez, de acuerdo a otra norma, responsabilidad solidaria en materia de tránsito.²⁰⁶ Más allá de las resistencias iniciales de todo habitante a preservar su “sagrado” derecho a hacer lo que quiera con su *automóvil* (la expresión más íntima y “soberana” de su persona), parece un camino inevitable, aunque más no sea que por razones económicas, fiscales y de ordenamiento del caos vehicular.²⁰⁷ El progreso tecnológico terminará imponiéndose, aquí como en otros ámbitos.²⁰⁸ El tema de la prueba en esta materia de fotografías y firmas digitalizadas lo mencionamos asimismo en otro lugar.²⁰⁹

²⁰⁴ Art. 1º.— “Establécese el uso de medios electrónicos de comprobación de infracciones contravencionales debiendo ser tanto los filmicos, fotográficos, de grabación de video, como cualquier otro medio idóneo que surja del desarrollo tecnológico.”

²⁰⁵ Art. 2º.— “Dése a los medios enunciados en el artículo precedente el carácter de instrumento público constituyendo así, plena prueba del hecho punible que se comprueba. Para ello, deberán cumplir con los requisitos que exija el sistema que oportunamente se establezca.”

²⁰⁶ Art. 3º.— “Establécese, en materia de faltas contravencionales a la normativa que regula el tránsito, la responsabilidad solidaria entre el contraventor, el titular registral del vehículo con el que se cometió la falta y el propietario no titular del mismo sobre las obligaciones del pago de las eventuales multas.”

²⁰⁷ Al respecto es siempre instructivo POSNER, RICHARD A., “An Economic Approach to the Law of Evidence,” en OLIN, JOHN M., *Law and Economics Working Paper*, n° 6, 2ª serie, Chicago, The University of Chicago Law School, 1999. La renta que puede válidamente obtener el gobierno de la Ciudad difícilmente podrá ser despreciada. Pero no puede olvidarse el costo de vidas humanas que los accidentes de tránsito representan; ese costo disminuye significativamente cuando se aplican estos sistemas de control fotográfico de infracciones: la gente maneja con más cuidado.

²⁰⁸ Volvemos sobre el tema de si las actas son o no instrumentos públicos *infra*, cap. VII, “Producción y valoración de la prueba,” § 21, “Los actos administrativos no son instrumentos públicos. Remisión,” segundo párrafo.

²⁰⁹ Ver *infra*, cap. VII, “Producción y valoración de la prueba,” § 21, “Los actos...,” *op. cit.; supra*, cap. III, “Los recursos administrativos,” § 9, “Presentación por telegrama o carta documento,” t. 3, cap. II, “El acto administrativo como productor de efectos jurídicos,” § 6.1, “La voluntad psíquica del agente,” cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos,” § 5.4, “La constatación con otros medios de prueba.”

Capítulo VII

PRODUCCIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA¹

I. Carga de la prueba

1. *La carga de la prueba recae sobre la administración*

1.1. *La realidad*

En la práctica a cada interesado le corresponde producir su propia prueba. Es de lamentar que debamos empezar así un capítulo cuyo inmediato desarrollo teórico, en los § 1.2 y 3, dirá que en derecho esto no es así: No es así en las normas, en la doctrina, en los principios. Pero sí lo es en la dura realidad del derecho viviente. El particular tiene ante sí una trampa de dimensiones gigantescas: su poca fe en la administración puede llevarlo a descuidar la producción de su propia prueba,² a lo cual el comportamiento administrativo lo ayudará con inercia si él no ac-

¹ Ver, en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, ECA, 1998: HUTCHINSON, TOMÁS, “De la prueba en el procedimiento administrativo,” p. 375 y ss., 392-9; DE KEMMETER, ALEJANDRO PABLO, “La importancia de la prueba en el procedimiento administrativo,” p. 400 y ss.; ANDREUCCI, CARLOS ALBERTO, “Prueba y procedimiento administrativo,” p. 421 y ss. REVIDATTI, GUSTAVO, “La prueba en el procedimiento administrativo,” en A.A.D.A. y CALP, *Procedimiento administrativo*, La Plata, 1977, p. 83 y ss.; BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, “La carga de la prueba en el derecho administrativo venezolano,” *RADA*, 11: 15, 19 (Buenos Aires, 1976); ABERASTURY (H.), PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, cap. VII. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 2000; 2002, 2ª ed.; *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964; *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 1991, 4ª ed.

² GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y procedimiento administrativos*, Navarra, EUNSA, 1997, p. 726. Asimismo, la administración podría tener en cuenta los costos que a ella misma le originaría la producción de prueba: ampliar en DAVIS, KENNETH CULP y PIERCE, RICHARD, *Administrative Law Treatise*, 3ª. ed., Little, Brown & Co., Boston, 1994, t. II, p. 46 (costo de llevar adelante una audiencia oral), p. 58 (costo de llevar adelante un sumario), p. 59 (costo de administrar listado de testigos); entre otros supuestos. Tal vez la cuestión gire alrededor de qué costos y beneficios procedimentales se ponderan, sobre quién recaen, y qué bien se trata de privilegiar. Desgraciadamente, el mismo problema se le plantea al particular, quien es el que en verdad debe asumir el costo de la producción privada de su propia prueba en el expediente, como veremos en el texto a continuación.

tiva sus pruebas, las produce privadamente y las incorpora sin más al cuerpo de las actuaciones administrativas. Él debe preconstituir privadamente *toda* la prueba que hace a su derecho, previendo y rebatiendo las posibles objeciones de la administración, e incorporarlas al expediente. Para ello deberá imaginar los argumentos que a la administración o a la justicia se le puedan ocurrir, introducir las cuestiones de hecho que hacen al sustento fáctico de su petición: de no ser rebatidas por la administración, establecerán un indicio probatorio a su favor.

En segundo lugar deberá aportar todos los demás medios de prueba que la realidad le permita, para sustentar ese mismo hecho y todas las demás particulares circunstancias del caso que hacen a su derecho. Si el particular, por esa dificultad real y falta justificada de fe, descuida su prueba en sede administrativa, encontrará en la justicia poca predisposición a facilitarle lo que no hizo en sede administrativa y entonces el expediente administrativo tal como él de hecho *permitió* que se construya, será en la práctica su principal prueba *de cargo*,³ tanto en la administración como en la justicia. Ello no significa, desde luego, que deba descuidar *también* la prueba judicial, lo que no haría sino magnificar su error inicial.⁴ Pero cada etapa que avanza sin actividad probatoria suya es una lenta y progresiva erosión de sus eventuales derechos. Esta es la primera gran lección empírica que el particular debe aprender en todas sus tratativas con la administración, a fin de asegurar sus derechos.

1.2. *El principio jurídico*

Todo lo antes expuesto no significa jurídicamente que la carga procesal de la prueba recaiga en el particular, ya que rige el principio de la oficialidad e instrucción, lo que impone esta carga a la administración⁵ y, de tal modo, se

³ Esta idea ha sido expuesta de antaño, principalmente por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ; también GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Thomson/Civitas- La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 509 y ss.; ver también lo que allí decimos en nuestra nota XXII.2, “El problema no es el procedimiento sino el órgano,” pp. 524-B a 524-D de dicha obra; “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, México, 2003, pp. 19-32; “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726; GONZÁLEZ NAVARRO, *op. loc. cit.*

⁴ Sobre la importancia de la prueba en el proceso administrativo ver SAFI, LEANDRO K., “La prueba en el proceso administrativo (con especial referencia a la Provincia de Buenos Aires),” en *JA, Suplemento de Derecho Administrativo*, 25-II-04, p. 10 y ss.

⁵ Ver *supra*, t. 2, cap. IX, § 15, “Principio de la oficialidad.” Pueden verse, asimismo, FRARE, HUGO E., “Cuestiones en derredor del ‘principio de oficialidad’. ¿Concepto formal o sustantivo del derecho administrativo?,” en *RAP*, 327: pp. 11-29, Buenos Aires, 2005; LOZANO CUTANDA, BLANCA, “El principio de oficialidad de la acción sancionatoria administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad,” en AA.VV., *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Madrid, Civitas, 2003, t. II, pp. 1611-42.

concreta la función de cooperación de la administración hacia el administrado.⁶ En efecto, priva “en el procedimiento administrativo prima la verdad material sobre la verdad formal, siendo necesario para el esclarecimiento de aquella verdad un criterio de amplitud con respecto a los recursos y reclamaciones, a fin de facilitar de este modo el control de la legalidad de la administración pública.” “En este orden de ideas la administración p.ej. tiene derecho a obtener pruebas sobre hechos que se consideren necesarios para decidir, sin que tal actividad se encuentre exclusivamente en manos de los particulares, de modo que bien puede para mejor proveer disponer de oficio tales pruebas.”⁷ En consecuencia de que la administración debe ajustarse a los hechos reales, a la verdad material⁸ prescindiendo de que ellos hayan sido alegados y probados por el particular o no,⁹ resulta que la carga procesal, de averiguar esos hechos y cualesquiera otros que resulten necesarios para la correcta solución del caso, recae sobre ella.¹⁰ Si la decisión administrativa no se ajusta a tales hechos reales, aunque ello resulte de una falta de información no subsanada por el particular, el principio de la verdad material lleva a igual conclusión: el acto que no se ajusta a la verdad de los hechos se encuentra viciado.¹¹ En consonancia con este principio, las legislaciones tratan el punto señalando que “Corresponde a los órganos que intervienen en el procedimiento administrativo, realizar las diligencias tendientes a la averiguación de los hechos conducentes a la decisión.”¹²

⁶ Acerca de este principio, en el procedimiento administrativo, ampliar en SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP, Marcial Pons, 2003, pp. 319-20.

⁷ PTN, *Dictámenes*, 94:172/3; CNCiv., Sala F, *Miró, JA*, 1980-II, 116 (1979), “la carga de la demostración de que el agente Miró estuviera incurso dentro del ámbito de la disposición legal citada, estuvo en manos del ente estatal por aplicación del art. 377 C. Pr.,” “la demandada debió explicitar en la litis la causa de la misma, aportando los elementos de prueba o antecedentes que den fundamento al acto administrativo sancionatorio.” Acerca del principio de la verdad material, ver también ABERASTURY (H.) y DANIELIÁN, MIGUEL, *Procedimientos Administrativos (Nación y Provincias)*, Buenos Aires, La Ley, 1996, p. XXV; CANOSA, ARMANDO, *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 49; FARRANDO, ISMAEL (H.) y MARTÍNEZ, PATRICIA (Dirs.), *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 595.

⁸ Ver CSJN, Fallos, 311-2: 2821, *Resguardo Cía. de Seguros S.A.*, año 1988.

⁹ BECKER, FRANZ, *Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung*, Stuttgart, 1960, p. 44; ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 224.

¹⁰ RN, art. 1º, inc. f), ap. 2; CABA, 22, inc. f), ap. 2; Corrientes, 273; Mendoza, 163; Salta, 163; nuestro Proyecto de código administrativo, art. 245. Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual...*, op. cit., 1ª ed., p. 320 y 2ª ed., p. 328; *El procedimiento...*, op. cit., p. 467; *Comentarios...*, op. cit., p. 684: “Dada la posición de la Administración, es lógico que recaiga sobre ella la carga de la prueba.” HELBLING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, pp. 272 y 275; BRITO, MARIANO R., “Régimen disciplinario,” en el libro *Procedimiento administrativo*, de PRAT, MARTINS, BRITO, FRUGONE SCHIAVONE y CAJARVILLE PELUFFO, Montevideo, Acali, 1977, p. 128.

¹¹ Es el vicio de arbitrariedad explicado *supra*, t. 3, cap. IX, § 8, “Distintos casos de arbitrariedad.” Asimismo, la PTN ha sostenido que “las resoluciones fundadas en una prueba inexistente [...] torna arbitraria la medida dispuesta en ellas,” *Dictámenes*, 81: 228 y 230.

¹² Corrientes, art. 273; Mendoza, 163; Salta, 163; nuestro Proyecto, 244; la administración debe abrir a prueba cuando no tenga por ciertos los hechos alegados por el particular: Prov. de Buenos Aires, 55; Córdoba, 47.

2. *La carga de la prueba y la presunción de legitimidad del acto administrativo*

Aquella regla no varía por la presunción de legitimidad del acto administrativo, pues como ya lo han señalado TREVES¹³ y MICHELI,¹⁴ entre otros, dicha presunción importa una *relevatio ad onere agendi* y no una *relevatio ad onere probandi*, esto es, faculta a la administración en ciertos casos para actuar directamente en ejecución de su acto, como si fuera ejecutivo, sin una previa intervención judicial, pero no faculta a prescindir de pruebas que sustenten esa acción.¹⁵ La presunción de legitimidad del acto afecta la *estructura* del proceso, obligando al particular a ser él quien impugna, administrativa o judicialmente, un acto administrativo,¹⁶ pero no tiene efectos sobre la carga de la prueba.¹⁷ En palabras de MICHELI, entonces, “La presunción de legitimidad del acto administrativo no invierte, pues, la carga de la prueba,”¹⁸ o sea, que dicha carga no recae sobre el particular afectado sino que sigue pesando sobre la administración que ha dictado el acto.

3. *La carga de la prueba en sede judicial y administrativa*

Cabe diferenciar entre la carga de la prueba en el procedimiento administrativo y en el derecho procesal administrativo, en el sentido que hemos dado a ambos términos.¹⁹ En el proceso —judicial, según vimos— “se tiene solamente un aligeramiento de la carga de la prueba, de manera que la parte no podrá limitarse a afirmar la ilegitimidad del acto, sino que deberá [...] dar un principio de prueba,”²⁰

¹³TREVES, GIUSEPPINO, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padua, CEDAM, 1936, p. 84 y ss.

¹⁴MICHELI, GIAN ANTONIO, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, EJE, 1961, p. 281.

¹⁵TREVES, *op. loc. cit.*; MICHELI, *op. cit.*, p. 281, nota 118. Ver *supra*, t. 3, cap. V, § 7, “La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción.”

¹⁶No siempre esto es así: a veces esta presunción incluye la facultad de ejecutar por la fuerza el acto, cuando la ley faculta expresamente a la administración para hacerlo; en el resto es siempre necesaria la intervención judicial. Ver al respecto *supra*, t. 3, cap. V, § 9, “La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72 y en la práctica.”

¹⁷Ver *supra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. V, “Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad,” § 5.3, “¿Necesidad de probar la ilegitimidad?” Ver SAFI, *op. cit.*, p.12 y ss.

¹⁸MICHELI, *op. cit.*, p. 282, nota 119 *in fine*. Los principios que expresamos, de aplicación tanto en el procedimiento administrativo como en el proceso judicial, han sido sin embargo desconocidos en el segundo por aplicación de anticuados conceptos sobre la presunción de legitimidad, *v. gr.* la CNFed. CA, *Renaud*, 1966, *JA*, 1967-I, 205.

¹⁹*Supra*, t. 2, cap. IX, § 5, “Derecho procesal administrativo.” Lo mismo ocurre en el derecho canadiense, según explica MULLAN, DAVID J., *Administrative Law*, Ontario, *Essentials of Canadian Law*, Irwin Law, 2001, p. 280: “no se altera el *common law*; por el contrario, se refleja la posición del *common law*: en general, las normas comunes de producción de pruebas no se aplican a los tribunales y organismos administrativos.”

²⁰MICHELI, *op. cit.*, pp. 276-7. A veces se ha resuelto que la carga de la prueba recaería sobre el accionante: CSJN, *Fallos*, 190: 142, *Los Lagos*, año 1941. Sin embargo el principio no funciona ni puede funcionar de esa manera, como lo prueba la copiosa jurisprudencia que en materia de recurso de amparo lo admite contra actos “manifiestamente arbitrarios,” caracterizados estos justamente como aquellos cuyo vicio no necesita ser probado por ser evidente; en otras palabras, en estos casos al menos, el *onus probandi* no recae sobre el administrado.

salvo en el caso de impugnaciones de *puro derecho* o de *manifiesta arbitrariedad* del acto; en el procedimiento administrativo, por el contrario, la carga de la prueba recae enteramente y sin limitaciones sobre la administración.²¹

4. Casos comunes a las vías judicial y administrativa

Pero, al margen de esto, existen de todos modos situaciones en que por expresa disposición de la ley civil la carga de la prueba reposa sobre la administración. Estas situaciones son de importancia porque en ellas las reglas procesales no se aplican sólo en el procedimiento administrativo sino también en el judicial. Nos referimos a aquellos casos “en que, mediante inversión de la prueba, es el autor del hecho culposo quien debe probar alguna causal que excluya su responsabilidad, como ocurre con el art. 1133 del Código Civil cuando consagra el principio de la responsabilidad objetiva la que únicamente cesa en el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.”²²

Actualmente la doctrina procesal se inclina a enfatizar “los deberes del juez para «esclarecer la verdad de los hechos controvertidos» (art. 36, inc. 2º [...]),” como señala ARAZI,²³ pues se trata de una “facultad que se torna irrenunciable en casos donde la prueba es decisiva para la solución del litigio,”²⁴ ya que “la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia.”²⁵ De este modo se confiere mayor flexibilidad al juez y colaboración de ambas partes en la etapa probatoria, lo que se denomina cargas probatorias dinámicas.²⁶ No interesa quién introduce la prueba: aunque el hecho se encontrare *prima facie* “probado,” si el juez no obstante tiene duda sobre los hechos, “antes de fallar con esa duda tiene el deber de utilizar todos los medios a su alcance para disiparla.”²⁷ Cuestión bien

²¹ “La administración no puede apartarse del principio de la verdad material, que es el que debe predominar, y a diferencia de lo que acontece en el procedimiento judicial donde el juez circunscribe su función jurisdiccional a las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes, en el procedimiento administrativo, el órgano debe resolver ajustándose a los hechos, prescindiendo de que hayan sido o no alegados y probados por el particular.” PTN, *Dictámenes*, 172: 94; 212: 399. HELLBLING, *op. cit.*, t. I, pp. 272-5, enuncia una conclusión semejante, pero señala que ella no es de aplicación cuando la ley expresamente pone la carga de la prueba sobre el particular, o cuando la prueba está en una relación tal con la parte, que sería malicioso y dilatorio pretender mantener el *onus probandi* en la administración. MULLAN, *Administrative Law, op. cit.*, p. 280, sostiene que la administración podría “bajo su discrecionalidad, obtener toda la información de la mejor manera que entienda posible.”

²² PTN, *Dictámenes*, 90: 294.

²³ ARAZI, ROLAND, “El ocaso de las teorías sobre carga de la prueba,” *LL*, 2000-A, 1041.

²⁴ CSJN, *Oilher*, *LL*, 1981-C, 68, año 1980. Ver también t. 2, cap. I, § 2.2, “Creación o aplicación del derecho. Verdad y prueba,” esp. nota 36.

²⁵ CSJN, *D. P., G., ED*, 173: 591, 1996; ARAZI, *op. loc. cit.*; SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, *El proceso civil. Estudio de la reforma procesal argentina*, Buenos Aires, EJE, 1995, p. 158; DÍAZ, CLEMENTE A., *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972 y II-A, p. 258.

²⁶ PEYRANO, JORGE W., “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas,” *LL*, 1991-B, 1034; “Nuevos rumbos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: las cargas probatorias sobrevinientes,” *ED*, 182: 1588; LORENZETTI, RICARDO L., “Carga de la prueba en los procesos de daños,” *LL*, 1991-A, 995; EISNER, ISIDORO, “Desplazamiento de la carga probatoria,” *LL*, 1994-C, 846.

²⁷ ARAZI, *op. loc. cit.*

distinta será la oportunidad en que el magistrado disponga lo necesario para que se produzcan esas pruebas y la bilateralidad con que las produzca.²⁸

II. Gobierno, producción y control de la prueba

5. Gobierno de la prueba

Ya hemos hablado de la obligación administrativa de abrir a prueba el procedimiento cuando hay hechos controvertidos.²⁹ Pues bien, una vez abierto el período de prueba, o tratándose de la producción informal de pruebas aun no habiendo apertura a prueba, la administración tiene en principio el gobierno de la prueba.³⁰

Sin embargo, sus facultades no son amplias como las de un juez para decidir la admisibilidad de la prueba: *su obligación básica es hacer efectiva la ofrecida por el recurrente*.³¹ Sólo por excepción, cuando ella sea claramente irrazonable, podría disponerse su rechazo por decisión fundada. En otras palabras, debe considerarse que “en la duda sobre el particular, principios jurídicos obvios imponen inclinarse por la recepción” de la prueba ofrecida.³² Tampoco puede la administración, por otra parte, negarse a producir informes (por las dependencias técnicas del caso) sobre los puntos propuestos por las partes.

El principio que acabamos de señalar ha sido expresamente aceptado en la práctica y se ha dicho de él que es aplicable no sólo cuando el procedimiento administrativo interesa a un individuo que no está en contraposición de derecho con la administración, como es el caso de quien solicita un certificado, sino también cuando el procedimiento es contradictorio entre el particular y la administración,³³ pues “es un principio básico del procedimiento administrativo la obligación de la administración de producir las pruebas solicitadas por el recurrente, trátase de informes, certificados, etc., incluso cuando se trata de la prueba de descargo que el mismo ofrezca en contra de las pretensiones de la administración.”³⁴

Si, a pesar de lo expuesto, la prueba propuesta fuera claramente inadmisibile y deba corresponder su rechazo, “la inadmisión de las pruebas propuestas por los

²⁸ Ello, en especial, si se dispusieren medidas con posterioridad al llamado de autos al acuerdo.

²⁹ *Supra*, cap. VI, § 2, “Apertura a prueba. Medios de prueba.”

³⁰ Nación, art. 46; CABA, 66; Corrientes, 273; Mendoza, 163; Salta, 163; PTN, *Dictámenes*, 68: 11; BIELSA, RAFAEL, *El recurso jerárquico*, Buenos Aires, Depalma, 1958, 4ª ed., p. 128-9; FIORINI, BARTOLOMÉ, *Recurso jerárquico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 45. No obstante, demuestra DE KEMMETER, *op. cit.*, pp. 410-1 y 417, que la costumbre administrativa es no abrir a prueba los recursos administrativos. Su análisis meritúa cuidadosa lectura.

³¹ REAL, ALBERTO RAMÓN, “Obligación administrativa de diligenciar la prueba de descargo,” en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1963, t. 60, n° 2/3, p. 55 y ss.; en igual sentido HUTCHINSON, “De la prueba...,” *op. cit.*, p. 387 y nota 35.

³² PTN, *Dictámenes*, 63: 298; ESCOLA, HÉCTOR, *Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 304; *Compendio de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 1195.

³³ PTN, *op. loc. cit.*, en que se hizo referencia a lo sostenido por nosotros en la primera edición de esta obra, pp. 39 y 138 y a la tesis también expuesta por REAL, *op. loc. cit.*

³⁴ PTN, *Dictámenes*, 94: 264.

interesados deberá ser comunicada a éstos por el instructor, a fin de que puedan recurrir ante la autoridad decidente, pues, sin duda, dicha decisión cae de lleno en los actos de trámite que producen indefensión y que son objeto de recurso.”³⁵

6. *El gobierno de la prueba no debe transformarse en un prejuizgamiento*

La jurisprudencia austríaca ha señalado que el gobierno de la prueba y la libertad que tiene la administración para apreciar la prueba³⁶ no significa autorizar a la administración a prejuizgar sobre ella y en particular, que es inadmisibles que pretenda denegar la producción de una prueba invocando justamente un supuesto limitado valor probatorio de la que se quiere producir.³⁷ P. ej., se ha dicho que no puede considerarse que el testigo no es fidedigno, ya que “Si el testigo es fidedigno, ello sólo puede apreciarse después de su declaración.”³⁸

Es de lamentar que en el derecho argentino, en cambio, no siempre se haya tenido este principio en claro, ya que en alguna oportunidad se ha podido decir que la administración podía denegar la producción de pruebas sobre los motivos que impulsaron a un agente a cometer cierto hecho, por estimarse que, estando probado el hecho, no podría alterarse su valoración administrativa por la producción de prueba sobre los motivos que llevaron al individuo a su comisión. Esto puede parecer “práctico,” pero no es *justo*, en relación al debido proceso legal.³⁹ Es éste un caso típico de arbitrariedad y prejuizgamiento, en el que *se valora una prueba que no se conoce* y además se rechaza su producción en base a esa valoración injustificada.

El reglamento nacional —al igual que el art. 66 del decreto 1510/97 de procedimiento administrativo de la Ciudad de Buenos Aires—⁴⁰ señala que podrán no admitirse las pruebas que fueren manifestamente improcedentes, superfluas o meramente dilatorias, conceptos estos altamente peligrosos en manos de la administración. Pueden producir fáciles abusos que conlleven la nulidad del procedimiento. Las legislaciones provinciales, más prudentes en este como en otros aspectos, no incurren en ese error.⁴¹ Como criterio general y para evitar que mal entendidos celos de funcionarios de menor jerarquía lleven a la nulidad de todo lo actuado, lo prudente en caso de duda es estar a favor de la producción de la

³⁵ LÓPEZ-NIETO Y MALLO, FRANCISCO, *El procedimiento administrativo*, Barcelona, 1960, p. 288.

³⁶ Libertad ésta amplia en Austria, ya que la ley de procedimiento administrativo consagra el principio de la libre convicción (art. 45, inc. 2, *Verwaltungsverfahrensgesetz*.)

³⁷ HELBLING, *op. cit.*, t. I, pp. 276-7.

³⁸ HELBLING, *op. cit.*, t. I, p. 276.

³⁹ CNFed., LL, 111: 286, *de la Villa*, 1962. Ver en sentido contrario aunque dentro del proceso judicial, CFed de la Capital, *Gaceta del Foro*, 81: 287, *Saravia*, 1929. Más acierto tuvo la CFed en 1929 que en 1962. Ver también el caso relatado por WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, p. 10, que comentamos *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 10.2, “El principio de la defensa como criterio de eficacia administrativa.”

⁴⁰ Decreto de necesidad y urgencia ratificado por Res. 41/98 de la Legislatura.

⁴¹ Corrientes, 273; Mendoza, 163 y 164; Salta, 163 y 164. La Pampa, 52 reproduce la norma nacional.

prueba, incluso aunque ella pudiere parecer “improcedente” o “superflua.”⁴² La regulación del procedimiento, fijando p.ej. el número máximo de testigos, evita por lo demás que los particulares tengan mucha oportunidad de entorpecer el procedimiento con la producción de la prueba; más lo puede entorpecer, por dilación y excesiva complicación, la propia administración, sobre todo si utiliza el gobierno de la prueba como un instrumento para tratar de darse la razón donde no necesariamente la tiene.

7. Proposición de la prueba: oportunidad de hacerla

7.1. Durante el término de la prueba

No es necesario *proponer* pruebas tales como la documental, en cuyo caso el interesado puede directamente incorporar al expediente los instrumentos de que se trate. En cambio, tratándose de pruebas testimoniales, que deben ser ordenadas por la administración, es necesario que el recurrente proponga las pruebas pertinentes para que el funcionario interviniente resuelva sobre su admisión, salvo que se opte por el procedimiento más expeditivo de realizar la producción privada de la prueba⁴³ y en caso que la administración lo requiera recién entonces producirla oficialmente. Si la administración ha abierto formalmente a prueba el expediente, le corresponderá determinar el tiempo en que debe efectuarse su proposición: En ausencia de esa determinación, no cabe sino interpretar que las pruebas pueden ser propuestas durante todo el término de prueba.

7.2. Durante el término de vista para hacer descargo y ofrecer prueba en los sumarios

En los sumarios de la función pública la administración otorga un solo plazo para tomar conocimiento de las actuaciones, efectuar sus descargos y proponer prueba, todo ello en un único plazo de pocos días.⁴⁴ Ya nos hemos ocupado de la arbitrariedad de términos tan limitados, circunstancia que se agrava en este caso por la acumulación del requerimiento de hacer su descargo y ofrecer sus pruebas.

Con todo, en estos casos y mientras no cambie la actual orientación de la administración, será imprescindible ofrecer la prueba en esa oportunidad procesal,

⁴² De otra manera se obliga a acudir a la vía judicial con el consiguiente dispendio. En *Papaser-gio, Fallos*, 320-1: 1006, 1997, la CSJN consideró arbitraria la sentencia que había confirmado la resolución de la demandada por la que se había denegado el beneficio previsional solicitado, previa denegatoria de la prueba testimonial. Conf. *Reyes, CSJN, Fallos*, 244: 548 (1959) que comentamos en el t. 3, cap. IX, § 7, “Arbitrariedad.” La administración, en verdad, nunca produce prueba testimonial si no se trata de un sumario y sólo produce la prueba que le interesa a ella, o toma la cuestión como si fuera de puro derecho: DE KEMMETER, “La importancia...,” *op. cit.*, pp. 413, 415, 417. El particular debe producir privadamente la prueba: *infra*, § 10.1, “Producción privada de la prueba.”

⁴³ Ver *infra*, § 10.1 y nota 66.

⁴⁴ La situación mejora ligeramente en el art. 111 del decreto 467/99, que otorga diez días a partir del vencimiento del plazo para tomar la vista.

habiéndose entendido que con referencia a la prueba ofrecida con posterioridad, es facultad discrecional⁴⁵ de la administración aceptarla o no.⁴⁶ Esta solución, aplicable solamente a los sumarios, es criticable por innecesariamente formalista.⁴⁷

7.3. No habiendo término de prueba

Si no se ha abierto a prueba o no se ha fijado término, parecería que la proposición de pruebas puede hacerse en cualquier momento de la tramitación.

El que no haya que fijar necesariamente un término de prueba ha de considerarse una ventaja del procedimiento administrativo, por cuanto la administración puede ir variando su posición durante el procedimiento, en la medida en que en distintas escalas jerárquicas el asunto puede ser enfocado desde distintos aspectos o con distintos criterios, o nuevos o diferentes problemas pueden ser incorporados a las actuaciones. Esas mutaciones inevitables de la posición de la administración respecto de la situación del particular en el procedimiento, tornarían sumamente difícil manejar una ordenada producción de la prueba si se estableciera siempre un período probatorio.

En efecto, si se ha fijado un período probatorio y, luego de concluido, la administración quiere introducir nuevas cuestiones de hecho, o distintas facetas de las ya vistas, o distintos problemas, se haría entonces indispensable *volver a abrir otro período probatorio* para que el particular pueda ejercitar su defensa ante tales variables situaciones.

Por estas razones, siempre se ha interpretado en la práctica que opera en común beneficio de los particulares y la administración, producir la prueba del modo más informal posible, especialmente sin fijar término de prueba ni oportunidad formal de ofrecerla y producirla. Sin duda que esto no es un elemento de celeridad del procedimiento, pero ha de señalarse que es todo el procedimiento el que funciona lentamente y que acelerar y concretar en un solo momento el ofrecimiento y producción de la prueba no es de por sí una solución para la cuestión del tiempo global de un expediente. A su vez, si se piensa que la certeza de la decisión final depende de la correcta dilucidación y aclaración de los hechos, bien se advierte que vale la pena demorarse un poco más en este aspecto que apurarse inútilmente allí y luego llevar todo el resto del procedimiento al fracaso, por haber partido inicialmente de bases falsas.

Va de suyo que la administración tiene la facultad de abrir a prueba formalmente el expediente y el particular también el derecho de exigirlo: de lo que se

⁴⁵ Ver *supra*, t. 1, cap. X, § 10, "Introducción."

⁴⁶ CNFed. CA, *Hadid, LL*, 105: 538, año 1961.

⁴⁷ Pues ya vimos en el t. 2, cap. IX, § 11, "Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado," que el principio es del informalismo a favor del administrado o incluso del antiformalismo; "aun transcurrido dicho plazo, el interesado puede de todos modos incorporar nuevas pruebas o razones al expediente:" ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo formal*, Valencia, Venezuela, Vadell, 1998, 3ª ed., p. 169.

trata aquí es de que posiblemente ni a uno ni a otro realmente le convenga dicha formalización y que para ambos sea mucho más práctico y eficaz ir produciendo la prueba a medida que se lo va haciendo en forma concreta y de hecho, sin necesidad de actos procesales tan formales como los que acostumbra la justicia o sugiere el art. 46 del reglamento.

7.4. Cuando la administración introduce posteriormente hechos nuevos

A veces la administración invoca sólo ciertos hechos en las primeras etapas del procedimiento, pero luego, cuando las actuaciones llegan a instancias superiores, introduce motivaciones referidas a circunstancias de hecho distintas de las inicialmente consideradas por los organismos inferiores. En este caso, incluso aunque se hubiera abierto a prueba en la primera etapa del procedimiento, corresponde como es lógico recibir también las pruebas que posteriormente proponga la parte, una vez introducida la nueva motivación por parte de la administración, a fin de que ella pueda controvertir las afirmaciones efectuadas por los funcionarios públicos en dicha etapa.

8. Requisitos materiales de la proposición de la prueba

Párrafo aparte merece una limitación introducida hace algunos años por la jurisprudencia al derecho de defensa del administrado, que señala en el caso de los sumarios —sin sustento normativo alguno— que no bastaba proponer las pruebas, p.ej. indicando el nombre y apellido de cinco personas, sino que era también necesario expresar “lo que se proponía acreditar con tales testimonios.”⁴⁸ Si hubiéramos de considerar a esta afirmación como un principio general del procedimiento administrativo, sería necesario al administrado alegar, en oportunidad de ofrecer su prueba, sobre la finalidad y admisibilidad de cada una de las que propone, para tener derecho a que ellas sean ordenadas por la administración. Esto es una violación al principio del informalismo, como también a la garantía de la defensa y constituye además una arbitrariedad, al no existir obligatoriedad de hacerse patrocinar por letrado.⁴⁹ Si, por otra parte, se recuerda que en el proceso ordinario no es necesario alegar sobre la procedencia de las pruebas juntamente con su ofrecimiento, bien se advierte el desvío del criterio enunciado, que reputamos inadmisibles en el procedimiento administrativo; la reglamentación nacional y las leyes provinciales nada dicen, acertadamente, sobre este tema.⁵⁰

Otra cosa es que la administración, en caso de estimar que la prueba ofrecida es inconducente o dilatoria,⁵¹ pida al interesado que alegue sobre las razones

⁴⁸ CNFed. CA, LL, 121: 270, *Malatesta*, 1965.

⁴⁹ Ver *supra*, cap. I, § 13, “Representación.”

⁵⁰ Así, se ha señalado que la existencia de pliego interrogatorio no es necesaria para la declaración del testigo y, de existir, tampoco obliga a la administración: ver ABERASTURY (H.) y CILURZO, *Curso de procedimiento administrativo*, op. cit., p. 108.

⁵¹ Reglamento nacional, art. 46; La Pampa, art. 52.

por las cuales la solicita a fin de poder entonces decidir lo que corresponda; pero lo que resulta manifiestamente incorrecto es rechazar de plano la prueba con el argumento formalista de que el interesado no expresó concretamente con qué finalidad la proponía. Si no lo expresó, puede pedírsele que lo haga y recién entonces decidir sobre la cuestión. Lo expuesto es, por lo demás, la mínima aplicación que debe exigirse del principio procesal y constitucional de la audiencia *previa* del interesado, antes de resolver algo que pueda afectar adversamente sus derechos o intereses.

9. Admisión de la prueba

9.1. Funcionarios competentes

La admisión de la prueba debe ser efectuada por los funcionarios inferiores que intervienen en la tramitación del expediente, no siendo necesaria una resolución de la autoridad superior competente para la resolución, en cuanto al fondo, del asunto.

Si se ha designado un instructor para que lleve directamente, bajo el principio de la inmediación, la dirección del procedimiento (caso del sumariante), a éste corresponde adoptar las medidas de admisión o rechazo de las pruebas propuestas. En ausencia de un funcionario especialmente designado al efecto y para asegurar el principio del informalismo del procedimiento y evitar dilaciones por envíos y reenvíos del expediente a distintas oficinas, entendemos que debe procederse de la siguiente manera.

Si se ha dispuesto la apertura a prueba, pueden admitir la producción de pruebas los funcionarios de la misma repartición en la que el expediente se encuentra radicado durante el término probatorio;⁵² si no se ha abierto formalmente a prueba, o por haberse invocado hechos nuevos en etapas subsiguientes se hace conveniente recibir nuevas pruebas, la admisión de éstas puede disponerse por parte de los funcionarios de la oficina en que el expediente se encuentre al momento de ofrecerse la prueba, sea ella activa o consultiva, a efectos de evitar inútiles envíos del expediente a otra repartición para que sea ésta la que admita y produzca la prueba.

9.2. Criterio de admisión. Admisibilidad y eficacia de la prueba

En cuanto al criterio sobre la base del cual se decidirá qué pruebas admitir, ya indicamos que es un deber básico de la administración recibir las pruebas propuestas⁵³ y que la Procuración del Tesoro de la Nación ha sentado por su parte “la obligación de la administración de producir las pruebas solicitadas por el

⁵² P. ej. art. 49 del reglamento.

⁵³ Conf. REAL, *op. cit.*, p. 55 y ss.

recurrente”⁵⁴ y que aun “en la duda sobre el particular, principios jurídicos obvios imponen inclinarse por la recepción.”⁵⁵

Cabe todavía agregar que la negativa a producir todo o parte de la prueba propuesta por el recurrente obligaría a la administración a atenerse a los hechos por él expuestos al respecto.⁵⁶

Recordamos además que la valoración de las pruebas no puede racionalmente hacerse *antes* de su producción, lo que equivale a un arbitrario prejuzgamiento;⁵⁷ o como lo ha expuesto EISNER, que “una cosa es la eficacia de la prueba y otra su *admisibilidad*.” En consecuencia, el posible débil valor probatorio de determinado medio propuesto, en ningún modo permite negar por ello su producción.⁵⁸ “Hay pruebas que son admisibles [...] y sin embargo son de eficacia relativa o remota” y esto último “no es una condición previa que se debe exigir al medio propuesto para que sea admitido.”⁵⁹

El derecho comparado suele tener un concepto amplísimo de prueba: Es todo lo que resulte adecuado para determinar los hechos relevantes del caso, y posible dentro de las circunstancias de aquél.⁶⁰ Por lo tanto, aunque la administración

⁵⁴ PTN, *Dictámenes*, 94: 264.

⁵⁵ PTN, *Dictámenes*, 63: 298. La regla expuesta no se altera por el hecho que las normas reglamentarias dispongan que “Se admitirán todos los medios de prueba, salvo los que fueren manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios.” (Reglamento nacional, art. 46; CABA, art. 66). En Chile el sumariante debe producir las pruebas que estime “conducentes,” pero como ha señalado SOTO KLOSS, EDUARDO, “El procedimiento disciplinario sumario en el Estatuto administrativo,” *Revista de Derecho Público*, 17: 125, nota 19 (Santiago de Chile, 1975), “Si bien el art. 220 deja al Fiscal la apreciación de estimar conducentes las peticiones probatorias del inculcado no debe entenderse que posee en ello discrecionalidad ya que la potestad conferida deviene reglada al calificarse esos medios como «conducentes,» concepto procesal técnico que es posible controlar a través de una debida ponderación de los hechos y de los descargos del acusado. No debe olvidarse que la negativa infundada del Fiscal a recibir pruebas solicitadas u ordenar las diligencias pedidas por aquél, puede originar después la nulidad procedimental [...] pues no cabe duda alguna que la negativa a recibir las probanzas del inculcado, si ella es injustificada, vicia el procedimiento.”

⁵⁶ Aunque nuestra jurisprudencia no suele respetar este principio del derecho comparado. *Supra*, cap. VI, § 11, “La apertura a prueba, ¿constituye una facultad discrecional?,” GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 323 y 2ª ed., p. 331; *El procedimiento...*, op. cit., p. 468; *Comentarios...*, op. cit., p. 691: “los interesados, dentro del plazo concedido por la Administración, podrán proponer cuántos medios de prueba estimen idóneos para demostrar la exactitud o inexactitud de los hechos [...] La Administración decidirá sobre la admisión de las pruebas propuestas y, en su caso, señalará las que deban ser practicadas,” VIVANCOS, EDUARDO, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, p. 147.

⁵⁷ Sobre el cercenamiento de pruebas y la posibilidad de que ello constituya el “adelanto de una decisión denegatoria,” ver ABERASTURY (H) Y CILURZO, op. cit., p. 103.

⁵⁸ El criterio amplio de admisión de las pruebas en el proceso administrativo que explica por ejemplo SAFI, op. cit., p. 18, es con mayor razón aplicable aquí, en la etapa formativa del procedimiento administrativo, para evitar que la administración recargue innecesariamente el posterior trabajo de la judicatura, por una restringida e imperfecta producción de la prueba en sede administrativa. Toda limitación administrativa a producir la prueba ofrecida por el administrado ha de verse con especial disfavor en la revisión judicial ulterior de la validez de su conducta. Es la única manera en que la justicia puede ayudar a indicarle el camino correcto a seguir en la experiencia diaria.

⁵⁹ EISNER, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, p. 72.

⁶⁰ Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, año 1991, § 46.

estime que las pruebas propuestas por el interesado no desvirtuarán lo sostenido por ella, debe de todos modos admitir la producción de esa prueba, so pena de prejuzgamiento que teñirá su decisión de parcialidad y violación al debido proceso. La justicia ha interpretado erradamente este punto en algunos casos aislados, pero ello no varía a nuestro modo de ver la certeza y corrección de la solución expresada.⁶¹

10. *Producción concreta de la prueba. Modalidades*⁶²

El mismo funcionario⁶³ que admite la producción de una prueba debe determinar el lugar, tiempo y forma en que la diligencia probatoria habrá de practicarse, tomando asimismo todas las medidas conducentes a la producción de la prueba ofrecida: citación de los testigos con indicación del día, lugar y hora de ambas audiencias,⁶⁴ requerimiento de los informes del caso a las oficinas públicas o privadas de que se trate, envío del interrogatorio a los funcionarios que pueden contestar por escrito, designación de los peritos, etc.

No debe olvidarse, según veremos a continuación, que la producción material de la prueba debe siempre realizarse con control del interesado, tanto si se trata de su propia prueba como si se trata de la prueba producida por la administración o por terceros. A tal efecto el funcionario interviniente deberá efectuar las pertinentes citaciones con indicación de la prueba de que se trata y el lugar, día y hora en que se producirá.⁶⁵ En ningún caso deberá enviarse el expediente a la mesa de entradas para realizar la diligencia probatoria.

10.1. *Producción privada de la prueba*

Puede también producirse privadamente la prueba⁶⁶ y luego aportarla al expediente, sin perjuicio del derecho que le asiste a la administración de verificar la prueba producida y en su caso mandarla producir nuevamente con su participación y control. En algunos procedimientos esta modalidad de producir la prueba está expresamente contemplada, como ocurre con el procedimiento impositivo:

⁶¹ Ver *supra*, § 6, “El gobierno de la prueba no debe transformarse en un prejuzgamiento;” e *infra*, § 19, lo referente a “La prueba de confesión del sumariado.”

⁶² Para otros aspectos de la producción privada de las pruebas testimonial, pericial y de informes, ver *supra*, cap. VI, § 7, “Producción informal de la prueba,” 19.2, “Informes de personas no estatales,” 22.7 “La oralidad del testimonio,” 22.8, “¿Prueba testimonial producida por escrito?,” 26.2, “Procedimiento formal o informal.”

⁶³ Respecto de la actuación de otros funcionarios superiores o inferiores ver, en este volumen, *supra*, cap. VI, § 7.

⁶⁴ Reglamento nacional, art. 50; Ciudad de Buenos Aires, 70.

⁶⁵ Reglamento nacional, art. 47: “La notificación se diligenciará con una anticipación de cinco días, por lo menos, a la fecha de la audiencia.” En igual sentido Ciudad de Buenos Aires, 67; La Pampa, art. 53.

⁶⁶ Conf. en admitir la producción privada de la prueba, al menos por vía de principio, HUTCHINSON, “Breve análisis de los principios de la prueba en el procedimiento administrativo,” *ED*, 125: 850, 855, cap. XIV, ap. f y notas 30 y 31.

el art. 174 de la ley 11.683, t. o. 1998,⁶⁷ dispone que “Las diligencias de pruebas se tramitarán directa y privadamente entre las partes o sus representantes y su resultado se incorporará al proceso.” El procedimiento indicado es bastante común en la práctica y consiste en que la parte realiza directamente la producción de p.ej. una pericia y la acompaña al expediente como prueba documental. Si la administración tiene dudas sobre la autenticidad de la firma, no estando ésta certificada, puede llamar al perito a ratificarse o reclamar al particular que tome a su cargo dicha ratificación. Si además tiene dudas sobre el contenido de la pericia, puede disponer que dicha pericia se realice nuevamente en lugar y fecha que determine, con contralor del particular y del órgano administrativo. Si cuestiona la calidad del perito, puede sugerir que se designe otro a su satisfacción y éste realice la diligencia de prueba. Pero si todos estos aspectos no le suscitan dudas entonces puede simplemente atenerse a la prueba así producida. Su propia inacción probatoria, en tal caso, la obliga a aceptar la prueba aportada por el interesado.

Lo mismo ocurre con otras pruebas, p.ej. la testimonial: si el particular acompaña declaraciones escritas de los testigos, en las cuales éstos declaran sobre los hechos que han conocido en forma directa, puede también la administración no insistir en la cuestión o, en cambio, disponer que tales testigos concurren especialmente a las audiencias que se les fijarán, para que presten el testimonio de manera oral, con participación y control tanto de la administración como del administrado. La producción privada de la prueba tiende a simplificar el procedimiento,⁶⁸ evitando a la administración más complicadas diligencias de prueba y los respectivos costos,⁶⁹ si es que las así producidas le satisfacen; cuando ello no ocurre, le queda siempre el camino de disponer la producción formalizada

⁶⁷ La producción privada de la prueba para su posterior incorporación al expediente se ha generalizado bastante en el procedimiento administrativo general, aunque ha tenido suerte diversa en el propio procedimiento impositivo donde ha sido legalmente consagrada. Ya recordamos anteriormente que para FREYTES, “Nueva reforma de la ley de procedimiento tributario. Exposición y comentario de la ley 20.626,” *Derecho Fiscal*, t. XXIII, p. 753 y ss., 780: “esta disposición fue letra muerta;” en el mismo sentido GIULIANI FONROUGE, CARLOS M. y NAVARRINE, SUSANA C., *Procedimiento tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1997, 6ª ed., p. 717 y ss.; 1999, 7ª ed., p. 719 y ss.

⁶⁸ Respecto de la producción privada de la prueba y con relación a cómo simplifica el procedimiento, puede tomarse en cuenta lo expresado por un magistrado al analizar los gastos derivados de los litigios y la deseconomía o despilfarro de tener que probar los hechos obviamente ciertos. Ver POSNER, RICHARD A., *Economic Analysis of the Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1992, 4ª ed., p. 564 y ss. “Cada parte optimiza sus gastos de litigio gastando hasta el punto en que cada dólar invertido aumenta sus expectativas respecto del litigio [...] Pero cada decisión de efectuar un gasto, por parte de una de las partes, afecta la decisión de efectuar un gasto, por parte de la otra;” en suma, cuesta inútilmente más dinero a ambas partes. Ver también, de este distinguido Presidente de la Cámara Federal de Apelaciones del Séptimo Circuito, de los EE.UU., *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, caps. 19 y 21, p. 387 y ss., 426 y ss. Como afirman COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS, *Law and Economics*, Harper Collins Publishers, 1988, p. 502, “Las reglas de procedimiento establecen una estructura que no es necesariamente económica, pero dentro de esa estructura debe operar la lógica.”

⁶⁹ Véase *supra* nota 1.

de aquellas pruebas cuya producción privada le provoque interrogantes. Las que no, se mantendrán en el expediente y se apreciarán oportunamente en la decisión.

10.2. *Producción oficial delegada de la prueba*

Otra variante en la producción de la prueba surge del art. 51 del reglamento nacional que, refiriéndose al caso en que el testigo no residiere en el lugar del asiento del organismo ante el cual se tramite y que debe decidir la cuestión, establece que “se lo podrá interrogar en alguna oficina pública ubicada en el lugar de la residencia propuesto por el agente a quien se delegue la tarea.” Surge de esta norma que la delegación de tal diligencia procesal se puede efectuar en agentes públicos de la misma repartición si los hay en el domicilio del testigo, o de otra repartición nacional, provincial o municipal.⁷⁰

El mismo principio puede aplicarse cuando se trata de la realización de otras diligencias probatorias fuera de la sede del organismo del cual se trata (pericias, inspecciones, etc.), las que también pueden delegarse de modo expreso y realizarse con la debida citación y control del particular, acompañándose posteriormente al principal.

10.3. *Producción de prueba sin apertura a prueba*

Conforme a los principios que emergen de la legislación, la apertura a prueba es una obligación de la administración cuando el particular lo requiere, pero no necesariamente debe producirse toda prueba dentro de un período formal; en otras palabras, tanto la administración como el particular pueden producir toda clase de pruebas en el expediente, sin que él esté abierto a prueba.

10.4. *Producción de prueba luego de cerrado el período de prueba*

Consideramos que nada obsta a que tanto la administración como el administrado produzcan pruebas luego de terminado el período probatorio:⁷¹ en este caso no cabe ya estar a las reglas formales de reglamento. Debe procurarse una adecuada merituación de las circunstancias de cada caso. En lo que hace a la administración, ella puede perfectamente considerar relevantes hechos que hasta ese momento no se acreditaron y producir la prueba pertinente luego de cerrado el período probatorio; también puede variar el enfoque del problema, en tanto no lesione el

⁷⁰ Acerca de tal delegación en el derecho comparado puede verse WADE, WILLIAM y FORSYTH, CHRISTOPHER, *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 7ª ed., p. 548.

⁷¹ En igual sentido, FOX, WILLIAM F., *Understanding Administrative Law*, New York, Matthew Bender, 1997, 3ª ed., p. 301: No deje que el decisor cierre el expediente si usted cree que aun faltan elementos importantes. Aun cuando no todo aparezca en las audiencias, los documentos y demás materiales pueden todavía ser agregados por escrito con autorización del juez administrativo, y proveyendo copias para la defensa de la contraparte (“Don’t let the ALJ close the record if you believe important things are still missing. Even if you don’t get everything in at the hearing, documents and other material may still be submitted in writing with the judge’s permission and with copies to opposing counsel”).

principio de la inadmisibilidad de la *reformatio in pejus*,⁷² y entonces se necesita la prueba, de ella o del particular, conducente al nuevo enfoque administrativo. Es obvio que el particular tiene el derecho a producir la prueba adversa a la posición de la administración, a su nuevo enfoque, a sus nuevos hechos, etc. Conforme lo hemos expuesto, tanto la prueba documental como la prueba testimonial o pericial producida privadamente⁷³ pueden acompañarse directamente, con un escrito, sin necesidad de proponerla antes ni de que se resuelva *ex ante* sobre su admisión.

10.5. Producción judicial de la prueba

También puede hacerse valer en sede administrativa la prueba producida judicialmente, incluso aunque hubiere mediado incompetencia del juzgado y se hubiera declarado la nulidad de las actuaciones. Así ha sido resuelto por la Procuración del Tesoro de la Nación en un conflicto interadministrativo que previamente tramitó judicialmente y luego llegó a su decisión bajo el sistema del DL 19.983/72: “La nulidad de todo lo actuado dispuesto por la Excm. Cámara en razón de la incompetencia de la Justicia Federal para entender en la causa, que hace al aspecto formal y no al fondo del asunto, no es impedimento para que [...] el suscripto pueda valerse de las actuaciones judiciales llegadas a su conocimiento por aquella circunstancia extrayendo de las mismas los elementos de prueba conducentes a la resolución de la cuestión planteada.”⁷⁴ Del mismo modo, si el particular intenta una vía judicial cualquiera y en ella produce prueba, dicha prueba puede hacerse valer posteriormente en sede administrativa.⁷⁵

Igualmente los agentes públicos que se encuentran sometidos a proceso criminal por hechos ajenos al servicio, pueden ser sometidos a sumario administrativo una vez concluida la causa criminal⁷⁶ y las actuaciones sumariales se realizarán “teniendo a la vista la causa criminal incoada en su contra,”⁷⁷ o sea, considerando como elementos probatorios los producidos judicialmente, sin perjuicio de otros que se produzcan en sede administrativa.

10.6. Producción presumarial de prueba

Por el mismo criterio de latitud en la producción de la prueba que informan los párrafos precedentes, se ha estimado que puede investigarse probatoriamente un

⁷² Ver cap. II, “El administrador” notas 99, 118, 125 y 126; cap. III, “Los recursos administrativos,” nota 217; en contra, la preocupante referencia del cap. III, nota 11.

⁷³ Ver *supra*, § 10.1, “Producción privada de la prueba.”

⁷⁴ PTN, *Dictámenes*, 136: 15, 18. En dicho supuesto, además, se dijo que la documentación judicial así producida “debe ser, en principio, tenida por válida mientras no se pruebe lo contrario,” con invocación de la CSJN, *Fallos*, 253: 406, *Bravo*, 1962.

⁷⁵ Desde luego esto obliga a considerar el problema de si intentada la vía judicial puede o no reabrirse la administrativa, lo que tratamos *infra*, cap. XI, § 5.2, “Elección de la vía judicial.”

⁷⁶ Este orden temporal surgía del Reglamento del Estatuto del Personal, art. 39, ap. III, según la PTN, *Dictámenes*, 149: 89; 76: 141.

⁷⁷ PTN, *Dictámenes*, 149: 90.

hecho eventualmente incriminante para agentes de la administración pública, sin abrir necesariamente un sumario ni decretar por tanto un proceso probatorio formal, claro está que respetando estrictamente las garantías del debido proceso.

Se ha dicho así que “si bien el procedimiento de *información* [...] no está reglado en la Administración Pública, su utilización es admisible al sólo objeto de evitar, cuando la denuncia resulta manifiestamente improcedente, inverosímil o infundada, el sometimiento a sumario de funcionarios cuya conducta es evidentemente correcta, o la investigación de hechos que no configuran *ab initio* irregularidad alguna,”⁷⁸ cuidando que aquella “se practique conforme a las formalidades prescriptas para la investigación jurisdiccional.”⁷⁹

Si de dicha investigación presumarial no surge la comisión *prima facie* de irregularidades, p. ej. por carencia de elementos probatorios suficientes que confirmaren la denuncia formulada, entonces la administración puede proceder a desestimar la denuncia sin necesidad de instruir sumario formal al agente denunciado.⁸⁰

En otro orden, en el caso del presunto lavado de dinero, la ley 25.246 impone a ciertos organismos administrativos la comunicación obligatoria a la Unidad de Información Financiera (UIF) de las operaciones inusuales de las que tengan conocimiento por actuaciones tramitadas ante ellos, siendo dicha etapa secreta aun para el interesado, lo cual, desde luego, plantea importantes interrogantes.⁸¹

11. Control de la prueba

El particular, además, tiene derecho a efectuar el control de toda la producción de la prueba,⁸² salvo que exista norma expresa que disponga el secreto de parte de ella (como ocurre p. ej. en los sumarios administrativos, mientras se confecciona la prueba de cargo) y siempre que tal restricción sea razonable, pues de lo contrario sería inconstitucional. La CSJN ha destacado el principio del adecuado control previo de la producción de la prueba por el particular, señalando que si éste “no ha tenido oportunidad de [...] controlar la [prueba] producida,” como ocurre si se le da vista recién *después* de que la administración haya producido su propia

⁷⁸ PTN, *Dictámenes*, 117: 228; 142: 133.

⁷⁹ CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. VI, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 41, § 1476, *in fine*; PTN, *Dictámenes*, 142: 134.

⁸⁰ PTN, *op. loc. cit.*

⁸¹ Ver ROBLEDO, DANIEL, “La ley de lavado de dinero y la «entronización» del secreto de las actuaciones,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 53-8, Buenos Aires, Rap, 2006.

⁸² Ver CNFed. CA, *Paz, LL*, 105: 492 y ss. (1961); conf. ESCOLA, *Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos, op. cit.*, p. 305; *Compendio...*, *op. cit.*, p. 1195. En igual sentido, GELLHORN, WALTER, BYSE, CLARK, STRAUSS, PETER, RAKOFF, TODD y SCHOTLAND, ROY, *Administrative Law*, Nueva York, The Foundation Press, 1987, 8ª ed., p. 795 y ss. El fundamento constitucional de este principio es evidente; que no siempre la administración lo cumpla y que a veces arbitrariamente produzca pruebas sin citación del recurrente, no influye sobre el principio; si la falta de control del particular afecta su adecuada defensa, como en los casos que en el texto se mencionan, entonces la consecuencia es la nulidad de la diligencia procesal.

prueba, hay violación de la garantía de defensa.⁸³ El reglamento nacional, según vimos, recepta este principio al indicar que toda la producción de la prueba se hará con notificación de la audiencia o acto procesal de que se trata, al menos con una anticipación de cinco días.⁸⁴

En el caso de los sumarios en la función pública, las pruebas testimoniales requieren el control del interesado y sus letrados, para objetar las preguntas, formular repreguntas en el mismo acto, etc. En su momento consideramos por ello inconstitucional la reserva del sumario mientras se sustanciaba la prueba de cargo. Se trataba de los derogados “estatuto del personal civil de la administración nacional” y art. 37 *in fine* del régimen jurídico básico de la función pública, decreto-ley 22.140/80.⁸⁵ Fueron dejados sin efecto por la ley 25.164 de empleo público, cuyo art. 29 garantiza el debido proceso adjetivo en los términos del art. 1º, inc. f) del decreto-ley 19.549/72.⁸⁶ A efectos de concretar el control de la prueba, la administración debe comunicar a los interesados, con antelación suficiente, la iniciación de las operaciones necesarias para la realización de las pruebas que hubieran sido admitidas; en la notificación deberá consignarse el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba. Así lo dispone, expresamente, la ley española,⁸⁷ a la que en este punto ha seguido nuestra reglamentación. Por lo demás, el control de la producción de la prueba es doble: de su producción y de los resultados de esa producción. No basta para satisfacer el principio de la audiencia del interesado, que éste se encuentre presente en una pericia, examen, etc., si no se le manifiestan luego los *resultados* de dicha pericia para su control.⁸⁸ A este último fin (control de los resultados de la prueba) se dirige precisamente la alegación de dicha prueba, a que nos referimos en el acápite siguiente. Nada tiene que ver el carácter instructorio o inquisitivo del procedimiento con el control

⁸³ CSJN, *Fallos*, 247: 724, 726, *Dubois*, 1960.

⁸⁴ Reglamento nacional, art. 47 *in fine*; Ciudad de Buenos Aires, art. 67 *in fine*; el reglamento uruguayo exige comunicación “con antelación,” art. 36.

⁸⁵ Ampliar en el cap. IV lo referente a los sumarios en la función pública; ver APESTEGUÍA, CARLOS A., *Sumarios*, Buenos Aires, La Rocca, 1998, p. 113 y ss.

⁸⁶ *Supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa.)” Igual derecho garantiza el art. 20.2, de la ley 25.188 de ética pública, para la prevención sumarial con motivo de presunta u otras violaciones a dicha ley, que se aplica a los tres poderes del Estado (arts. 1º, 3º y 5º.)

⁸⁷ Actual art. 81, incs. 1º y 2º: “con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos para que le asistan.” Ver GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común – Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, t. II, Madrid, Civitas, 1997, p. 1343 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 322 y 2ª ed., p. 330. Además expresa VIVANCOS, “Se sobreentiende que esta comunicación habrá de contener también la relación de las pruebas cuya práctica se admita al interesado y asimismo de las que, de oficio, acuerde practicar la Administración, salvo que, con anterioridad, se hubiere notificado la Providencia correspondiente” (*op. cit.*, p. 148.) En igual sentido el art. 36 del decreto uruguayo.

⁸⁸ HELBLING, p. 280. Sería absurdo, p.ej, que si una persona es revisada por un médico, se pretenda que su presencia en cuanto objeto de la revisión significa por sí “control” de pericias (HELLBLING, *op. loc. cit.*)

de la producción de la prueba.⁸⁹ Este control hace al mejor esclarecimiento de los hechos y a la adecuada producción de la prueba en defensa del administrado. Ninguno de estos aspectos es incompatible con aquel carácter instructorio. Este control del interesado sirve para la plena realización de los criterios rectores del procedimiento: legalidad objetiva, verdad material, defensa del interesado. No compartimos por ello —ni tampoco lo consideramos hoy en día vigente ante las normas expresas que consagran la citación y control del particular en la producción de la prueba— lo que expresaron algunos autores, en sentido opuesto.⁹⁰ Tal vez sea hora de pensar en tribunales administrativos independientes, sujetos a control judicial suficiente y adecuado, para sumariar y en su caso sancionar a los funcionarios públicos.⁹¹

12. Alegación sobre la prueba⁹²

12.1. *El derecho*

Como corolario del derecho a producir prueba, es fundamental que el interesado pueda luego alegar sobre el mérito de la prueba, algo indispensable para el pleno ejercicio del derecho de defensa, a fin de indicar o mostrar cómo la prueba sustenta lo que uno sostiene respecto de su propio derecho sustantivo.⁹³ Dado que la admisibilidad de una prueba no determina la eficacia que ella pueda tener, es obvio que de poco serviría al interesado producir prueba si después no puede hacer valer esa prueba alegando sobre su mérito y eficacia probatoria. El alegato es una parte esencial del derecho de defensa, aunque no siempre las partes hagan uso eficaz de él.⁹⁴ A este efecto se hace indispensable otorgar un nuevo traslado o vista al interesado, una vez producida la prueba propuesta por él.⁹⁵ El reglamento nacional indica en su art. 60 que una vez producida la prueba o sustanciadas las actuaciones, la administración debe dar traslado al particular

⁸⁹ Acerca de la actuación de oficio ver CANOSA, *Los Recursos...*, op. cit., p. 49.

⁹⁰ BIELSA, *El recurso jerárquico*, op. cit., p. 129; MARIENHOFF, *Tratado...*, t. I, op. cit., p. 705; 1995, 5ª ed., p. 762.

⁹¹ Ver nuestro art. “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UA, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962. Ver nuestra nota XXII.2, “El problema no es el procedimiento sino el órgano,” pp. 524-B a 524-D en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, op. cit.

⁹² Ver GORDILLO, AGUSTÍN y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2ª ed., pp. 480-86, y jurisprudencia allí citada.

⁹³ El TS español ha calificado este derecho como “de extraordinaria importancia [...], cardinal [...], sustancial [...], esencialísimo [...] y sagrado,” sentencia del 27 de marzo de 1984, Sala IV, citada en GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, t.II, op. cit., p. 1461; WADE y FORSYTH, op. cit., p. 538. En virtud de lo expresado, consideramos inconstitucional el art. 35 del decreto 1397/79, reglamentario de la ley 11.683 de procedimiento tributario, según el cual no se admite “el alegato previsto en el art. 60” del reglamento nacional de procedimiento administrativo, ya que ello implica una violación del derecho a ser oído consagrado en el art. 1º, inc. f), ap. 1º del decreto-ley 19.549/72 que es de raigambre constitucional.

⁹⁴ Es, por lo demás, una de las tareas que más difícil se presenta a los cursantes, incluso en el post grado.

⁹⁵ Ver cap. IV, “Vistas y traslados,” § 6, “Acceso subsiguiente.”

por el término de diez días,⁹⁶ para que ejerza el derecho de presentar su alegato, pieza fundamental de su defensa y que los profesionales sólo a veces aprovechan debidamente.⁹⁷

En el caso de los sumarios, con todo, esto no siempre se cumple en la práctica, porque algunos instructores entienden erróneamente que cuando la reglamentación dispone que el sumariado contestará la vista y ofrecerá prueba y que producida ésta se elevarán las actuaciones a la autoridad competente, se trata de una disposición que ordena un trámite automático, que debe cumplirse sin ninguna otra diligencia intermedia. Esa interpretación, a más de resultar violatoria de una adecuada defensa, es también contraria al propio espíritu de la norma reglamentaria, ya que no puede concebirse que la intención del Poder Ejecutivo haya sido la de dar una defensa tan obviamente trunca al interesado y la de que se produzca una prueba cuya apreciación habrá de ser forzosamente incompleta al faltar una clave fundamental, a saber, las alegaciones de la parte interesada. Ellas constituyen su visión o su interpretación de los hechos, indispensable para integrar un examen completo de las actuaciones y los hechos a los cuales ellas se refieren.

A ello cabe agregar que esas normas deben integrarse con el resto del ordenamiento sobre el procedimiento, en especial el art. 60 del reglamento que ordena esta diligencia procedimental con carácter general. A fin de prevenir este tipo de indefensión, producida a veces por error o por descuido del sumariante, es conveniente hacer expresa reserva del derecho a alegar sobre la prueba producida y solicitarlo explícitamente al instructor, para que éste no omita pronunciarse al respecto.

Claro está que su decisión no puede ser otra que la de admitir la presentación del alegato, a cuyo efecto fijará el término que determina el art. 60. Producido éste, el instructor podrá a su vez manifestar su conformidad o discrepancia, completando así su informe sobre la prueba de cargo y con ello enviar las actuaciones a la autoridad competente para decidir. Con este procedimiento dicha autoridad tiene elementos de juicio más cabales y completos para adoptar una resolución adecuada.

12.2. El ejercicio empíricamente útil del derecho de alegar

Cabe destacar que muchas veces los interesados no comprenden cabalmente la función que debe cumplir un alegato y desaprovechan esta oportunidad procesal o la utilizan para auto condenarse.

⁹⁶ 10 días, reglamento nacional, art. 60; Ciudad de Buenos Aires, 79; Prov. de Buenos Aires, 56; 5 días Córdoba, 48; Corrientes, 275; 20 días La Pampa, 66; Mendoza, 166; Uruguay, 10, 34.

⁹⁷ Lo explicamos en el § 12.2, “El ejercicio empíricamente útil del derecho de alegar.” La vigencia del principio del informalismo se ha visto reiterada en el dictamen n° 16/98 de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Este es un problema que les ocurre a veces incluso a los abogados poco experimentados; con mucha mayor razón esto le sucede a quienes actúan en el procedimiento administrativo sin patrocinio o al menos asesoramiento letrado. Peor aún, puede sucederle a uno de los miembros del equipo de profesionales patrocinantes que no se haya interiorizado suficientemente de la línea de defensa adoptada, o que haya tenido escasa o nula intermediación con las pruebas producidas. Es pues una pieza de la defensa que no debe dejar de ejercitarse con sumo cuidado y diligencia.⁹⁸

Fundamentalmente, el alegato (como el descargo y en definitiva como cualquier otro escrito del cual se espera que sea útil para la defensa de nuestros derechos ante la administración o la justicia) debe referenciar *cómo y de qué manera qué pruebas obrantes a qué fojas* del expediente, van *concatenándose* en una *línea de razonamiento fáctico*, sobre los *hechos probados y debidamente identificados* en el expediente, que puedan persuadir a un tercero en el sentido de que le asiste *derecho y tiene adecuado y suficiente sustento fáctico* en lo que propone o peticiona.

El sustento fáctico que se deriva de la prueba que con el alegato se *ordena, modela y arguye*, debe a su vez ser *conducente, apropiado y proporcionado en derecho al objeto propuesto*. Las excusas, disculpas, pedidos de gracia, meros resúmenes, relatorios o índices, alabanzas, etc. *no* son el medio normalmente apto para convencer a la autoridad, salvo casos muy excepcionales y extremos.⁹⁹ “En tal sentido cabe notar que muchos escritos se pierden en un fárrago de consideraciones de poca utilidad.”¹⁰⁰

Podría sugerirse la utilidad de la inserción, en el escrito respectivo, de tablas identificando comparativamente los hechos a probar y la prueba producida con indicación de las fojas a las cuales se hace referencia.

III. Valoración de la prueba

13. Introducción

La administración no está sometida a reglas prefijadas para apreciar el valor de la prueba,¹⁰¹ pero ello no significa que su apreciación pueda ser totalmente

⁹⁸ En los cursos de postgrado en la UBA hacemos que los cursantes presenten escritos en un expediente administrativo de su participación en el curso, y aleguen antes de la entrevista final.

⁹⁹ Como ejemplo de alegato emocional, pero con sustento fáctico, ver WADE, *Towards...*, *op. cit.*, p. 10: *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 10.2, “El principio de la defensa como criterio de eficacia administrativa.”

¹⁰⁰ BERSTEN, HORACIO L., *Derecho Procesal de Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 75.

¹⁰¹ El RN en su art. 62 remite al art. 386 del CPCCN. Este art., lo mismo que el art. 310 de la ley 189 CABA, al que remite el art. 66 en su propia reglamentación, contienen el mismo criterio. Tales normas indican la “sana crítica” como criterio de valoración de la prueba. En las normas provinciales se dice que las pruebas se valorarán con “razonable criterio de libre convicción” (Prov. de Buenos Aires, 58; Córdoba, 50; Mendoza, 168; Salta, 166) o “razonable criterio de libre elección” (Corrientes, 276). Ver NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003; nuestra *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2006 y en www.gordillo.com.

discrecional¹⁰² ni menos aun irrevisible.¹⁰³ Los superiores jerárquicos y los jueces, por lo tanto, están plenamente habilitados para controlar la apreciación efectuada acerca de los hechos, como elemento de la legitimidad del acto y revocar o anular a éste si reputan errónea a aquélla.¹⁰⁴ Como ya indicamos al hablar de la llamada “discrecionalidad técnica,” la apreciación de qué es lo que realmente ha ocurrido, o cuál es una situación de hecho determinada, no depende de consideraciones de oportunidad, mérito o conveniencia, ni a la vacía invocación del interés público, sino que debe ser estrictamente ajustada a la realidad fáctica, con sustento probatorio suficiente de acuerdo a las reglas de la prueba: En otras palabras, la apreciación de la prueba constituye también un aspecto de la legitimidad del acto y como tal debe ser controlada.¹⁰⁵ Determinar si un hecho ha ocurrido o no, no es una cuestión librada a la apreciación discrecional ni al juicio de oportunidad o mérito de nadie. Por lo demás, la apreciación administrativa de los hechos debe a todo evento ser razonable, no pudiéndose desconocer arbitrariamente las pruebas aportadas al expediente.¹⁰⁶

14. Valoración de la prueba en sede administrativa y judicial

Se sostenía antiguamente que no eran inexcusablemente aplicables las reglas que para la apreciación de la prueba tienen los Códigos de Procedimientos,¹⁰⁷ pero esto ya no es derecho vigente ante la categórica remisión que las normas vigentes hacen a la legislación procesal. Aunque a veces se critica una supuesta judicialización del procedimiento administrativo; en realidad la solución no deja de apuntar en la dirección correcta, bien que se requieren modificaciones sustan-

¹⁰² ANTONIOLLI, *Allgemeines...*, op. cit., p. 224; HELLBLING, op. cit., p. 278 y nota 6, en que hace una réplica a la confusión en que a veces incurrir algunos entre la “libre convicción” en la apreciación de la prueba y las “facultades discrecionales” de la administración: lo primero es una *operación mental*, en que aplicando las reglas de la lógica deberá determinarse una *situación de hecho*; lo segundo es una expresión de voluntad, que puede ser apoyada por valoraciones y motivos y que se aplica recién después de haberse precisado la situación de hecho (HELLBLING, p. 278 y sus referencias, p. 279.)

¹⁰³ Valorar la prueba conforme las reglas de la sana crítica importa partir de una premisa elemental. Esa valoración y la mensura de los medios probatorios reunidos ha de referirse a los hechos conducentes, a todos, no a alguno de ellos o cualesquiera otros. No se concibe una tarea evacuatoria que gire en el vacío, que atienda a cuestiones que no son las atinentes: SCPBA, *Miranda*, 31-X-07.

¹⁰⁴ Conf. FRUGONE SCHIAVONE, op. cit., p. 31.

¹⁰⁵ Ampliar *supra*, t. 1, cap. X, “Clasificación jurídica de la función administrativa,” § 12.4, “Regulación técnica (antes llamada «discrecionalidad técnica»),” 13, “La revisión judicial del acto en el caso de las facultades regladas y en el de las facultades discrecionales” y 17, “La revisión judicial y administrativa de la legitimidad y la oportunidad;” t. 3, cap. X, “Formalidades,” § 5, “El órgano y entidad de que emana el acto” y cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 8.2, “Decisiones que prescinden de los hechos.”

¹⁰⁶ Ya que la libertad para apreciar las pruebas no significa liberar a la administración de su deber de fundar sus actos y consecuentemente de explicitar por qué y de qué manera ha valorado la prueba. (HELLBLING, t. I, op. cit., pp. 277-8 y la jurisprudencia austríaca que cita.)

¹⁰⁷ CNFed. CA, *Hadad*, 1966, LL, 122: 507, 509: “en materia disciplinaria no existe el rigorismo de forma propio del derecho penal;” LL, 111: 194, *Ginés García*, 1963; *Trimarco*, 1963, LL, 114: 487; *Pérez Pala*, 1965, LL, 119: 404; PTN, *Dictámenes*, 92: 170. Ver *supra*, t. 1, *Parte general*, cap. VIII, § 7.1, “Relaciones con el derecho penal;” cap. XIII, “Agentes públicos.”

ciales a la estructura administrativa.¹⁰⁸ La administración no debe perder de vista que la apreciación que ella haga de la prueba estará sujeta a la eventual revisión judicial con lo que serán los criterios del derecho procesal los que gravitarán en la decisión. Es a la luz de este enfoque que puede advertirse, entonces, que no sólo existe una estrecha relación entre la apreciación de la prueba en sede judicial y en sede administrativa.¹⁰⁹ hoy puede hablarse de una necesaria identidad. Ello es así incluso en aquellos casos en que se ha podido decir que existe independencia decisoria, como en el caso del procedimiento penal y administrativo, en que los hechos de los funcionarios públicos pueden constituir al mismo tiempo delitos de derecho criminal y faltas de tipo administrativo.¹¹⁰ En estos casos “la conducta reproachable del agente resulta susceptible de una valoración distinta según sea el enfoque disciplinario o delictual del caso. Así, puede un hecho no constituir delito y configurar en cambio clara prueba de incapacidad o negligencia administrativa, en cuyo supuesto se justificaría la sanción aplicada dentro de ese ámbito, con prescindencia de la absolución judicial.”¹¹¹

Pues bien, incluso en esta hipótesis la apreciación de los hechos en sede administrativa y —en el caso— penal, van unidas y si “el hecho atribuido [...] es único, [...] la existencia o inexistencia del mismo determinaría la culpabilidad o inocencia del sumariado en ambos ordenamientos, ya que el cargo es el mismo.”¹¹² La jurisprudencia de la Cámara Nacional Federal en materia de cesantía y exoneración es ilustrativa de este punto. El tribunal había dicho antiguamente que carecía de jurisdicción plena para entender en los recursos especiales de este tipo.¹¹³ Posteriormente aclaró que “es jurisprudencia del tribunal la afirmación de disponer de la potestad necesaria para verificar si el hecho imputado se probó y constituye alguna de las causales admitidas por la ley para autorizar la medida.”¹¹⁴ Como es obvio, el tribunal juzgará de acuerdo a sus propios patrones

¹⁰⁸ Ver nuestro art. “Simplifications...”, *op. cit.* Ver, asimismo, Fox, *Understanding Administrative Law*, *op. cit.*, pp. 259 y ss; BONFIELD, ARTHUR E. y ASIMOW, MICHAEL, *State and Federal Administrative Law*, St. Paul, Minn., West, 1989, pp. 131-2; ROBINSON, GLEN O.; GELLHORN, ERNEST y BRUFF, HAROLD, *The Administrative Process*, St. Paul, Minn., West, 1993, 4ª ed., pp. 37-8; AMAN, ALFRED y MAYTON, WILLIAM T., *Administrative Law*, St. Paul, Minn., West, 1998, pp. 241-2 y pp. 266-7; MASHAW, JERRY L.; MERRILL, RICHARD A. y SHANE, PETER M., *Administrative Law. The American Public Law System*, St. Paul, Minn., West, 1992, 3ª ed., entre otros.

¹⁰⁹ GELLHORN, WALTER, *Federal Administrative Proceedings*, Baltimore, 1950, p. 79; GELLHORN y otros, *Administrative Law*, *op. cit.*, pp. 795-6.

¹¹⁰ Decreto 3583, reglamentario del art. 39 del decreto-ley 6.666/57, luego sustituido por el decreto-ley 22.140/80 y ahora por el art. 34 de la ley 25.164.

¹¹¹ PTN, *Dictámenes*, 97: 310; 92: 215.

¹¹² PTN, *Dictámenes*, 97: 310.

¹¹³ Criticamos esta jurisprudencia desde 1965, en *RJBA*, 1965-III, 111.

¹¹⁴ CNFed., Sala CA, *Lamas*, 1966, LL, 123:149 y JA, 1966-V, 203; CNTrab, Sala V, *Arroyo*, 1960, LL, 101: 3. La indecisión de la Cámara es patente, pues se trata, como es obvio, de dos manifestaciones contradictorias, que el tribunal sostiene simultáneamente, en reiterados fallos, sin encontrar al parecer inconsecuencia alguna entre ellos. Respecto al problema previo del envío al juzgado de los expedientes administrativos, ver *supra*, cap. IV, § 15, “El envío de expedientes administrativos relacionados con un juicio actual.”

y criterios de apreciación de la prueba. Esta indiscutible potestad revisora de los hechos que le compete al tribunal, ha sido reafirmada por la CSJN.¹¹⁵ En suma, la prueba ha de valorarse en sede administrativa con las reglas, garantías y principios judiciales.

15. *Criterio a seguirse en caso de duda*

Por último, es muy importante recordar que en la duda debe estarse a favor del administrado. Esto, que es un principio elemental de derecho, no siempre es tenido presente por los funcionarios de las jerarquías inferiores o por algunos asesores técnicos. En los casos ocurrentes su criterio de apreciación habrá de ser controlado en el aspecto indicado. A veces se encuentra en esa oportunidad que el producto investigado está en malas condiciones, lo que podrá ser tenido en cuenta como prueba contraria al administrado sólo cuando no exista duda de que el tiempo transcurrido no ha podido afectar en modo alguno la condición física o química del producto. Por el contrario, si existe razonable duda acerca de la posibilidad de que por el transcurso del tiempo se haya operado la alteración del producto, o se haya agravado la posiblemente existente, cabe estar, en la duda, a favor del administrado y no considerar suficientemente probado que el producto haya estado alterado, o haya estado alterado en determinada medida, al momento de tomarse la muestra. GONZÁLEZ PÉREZ expresa en este sentido que “Si la Administración no hubiese tenido por ciertos los hechos alegados por los interesados y no se hubiese practicado prueba convincente para demostrar la inexactitud de aquéllos, deberá soportar los efectos desfavorables de la falta de la actividad probatoria.”¹¹⁶

En el mismo sentido se ha manifestado la tendencia doctrinaria y jurisprudencial en otros países, asignando a la falta de producción de pruebas por parte de la administración pública, el carácter de admisión de los hechos aducidos por la contraparte, aun sin norma expresa en tal sentido.¹¹⁷

16. *La apreciación de la prueba y la presunción de legitimidad del acto*

Conviene recordar, como ya lo hemos expresado al referirnos a la carga de la prueba, que la presunción de legitimidad del acto administrativo importa en todo

¹¹⁵ *Grichener*, Fallos, 262: 67 y 71/2 (1965), cons. 5° y sus referencias; en el caso *Molinelli*, Fallos, 267: 77 (1967), la Corte dijo que “el control de legalidad [...] supone [...] que los hechos se configuren y clasifiquen adecuadamente y las sanciones se ajusten a su texto” (p. 79.)

¹¹⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 323 y 2ª ed., p. 331; *El procedimiento administrativo*, op. cit., pp. 471-2; *Comentarios a la ley de régimen jurídico...*, op. cit., p. 1342 y ss., comentando el actual art. 80, inc. 2° de la ley española, que reprodujo casi idénticamente el antiguo art. 88, párr. 2°. En sentido similar DIEZ, MANUEL MARÍA y HUTCHINSON, TOMÁS, *Manual de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, Plus Ultra, 1980, p. 488, respecto al principio general de apreciación de la prueba: “En caso de duda, debe estarse siempre a favor del administrado.”

¹¹⁷ MICHELLI, op. cit., p. 278, aunque aclara que a su juicio ese principio no limita la libertad del juzgador para valorar la totalidad de las pruebas existentes.

caso una *relevatio ad onere agendi*, pero nunca una *relevatio ad onere probandi*,¹¹⁸ de allí se sigue que “de por sí la presunción de legitimidad no es suficiente para formar la convicción del juez en caso de falta de elementos instructorios”¹¹⁹ y que no puede en modo alguno sentarse un principio de “en la duda a favor del Estado,”¹²⁰ sino a todo evento y parejamente al proceso penal, cuya similitud en cuanto proceso inquisitivo es evidente, *in dubio pro libertate*.¹²¹

17. Arbitrariedad en la apreciación de la prueba

En lo que hace a la apreciación de la prueba, no debe olvidarse que “Las resoluciones [...] fundadas en una prueba inexistente, [...] torna arbitraria la medida dispuesta en ellas.”¹²² Ya hemos señalado en el mismo sentido que las decisiones que prescinden de los hechos acreditados en el expediente, o se fundan en hechos o pruebas inexistentes, o carecen de una situación de hecho que las justifique, son nulas de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por adolecer del vicio de arbitrariedad.¹²³

Ha dicho la Corte Suprema que “no cabe al órgano administrativo, en casos como los aquí juzgados, sin violar principios atinentes a la garantía de la defensa en juicio, prescindir de esa prueba con la mera afirmación dogmática de que los testimonios son insuficientes o inadecuados,”¹²⁴ y que “los jueces intervinientes poseen, además, la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos, si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan sólo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios.”¹²⁵

18. La prueba testimonial en sede administrativa y judicial

Así como se ha dicho que es nula la declaración testimonial tomada administrativamente sin juramento de decir verdad,¹²⁶ por estimarse adecuadamente que esta circunstancia es trascendente para la valoración ulterior de la veracidad del testigo,¹²⁷ debe también reflexionarse acerca del hecho de que el testigo en el pro-

¹¹⁸ TREVES, *op. cit.*, p. 84 y ss.; MICHELLI, *op. cit.*, p. 276 y ss.

¹¹⁹ MICHELLI, *op. cit.*, p. 278, nota 110.

¹²⁰ MICHELLI, *op. cit.*, p. 278.

¹²¹ Principio éste magníficamente analizado por PETER SCHNEIDER, en su monografía del mismo título, Karlsruhe, 1960.

¹²² PTN, *Dictámenes*, *op. cit.*, 81: 228, 230.

¹²³ Ver *supra*, t. 3, cap. IX, § 8, “Distintos casos de arbitrariedad” y la jurisprudencia que allí mencionamos. En igual sentido DIEZ Y HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 488. En el caso de un procedimiento de elaboración participada de normas, la prueba de la efectiva realización del procedimiento y del cumplimiento del decreto 1172/03 se incorporará al expediente. Ver al respecto MORTIER, NATALIA VICTORIA, “El Procedimiento de elaboración participativa de normas” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Abeledo-Perrot, 2009, p. 501 y ss.

¹²⁴ CSJN, *Fallos*, 248: 625, *Aldamiz*, 1960.

¹²⁵ CSJN, *Fallos*, 244: 548, *Reyes*, 1959.

¹²⁶ Pues lo exige el reglamento al remitirse en el art. 53 a las normas del Código Procesal Civil y Comercial y ya lo exigía el ap. VI del decreto 1461/58; comp. HELLBLING, *op. cit.*, p. 281.

¹²⁷ HELLBLING, *op. cit.*, pp. 282-3.

cedimiento administrativo argentino no incurre en delito de falso testimonio ante la administración.¹²⁸ Ello implica una grave disminución del valor probatorio de las declaraciones testimoniales de cargo y la experiencia administrativa muestra incesantemente personas que ante la administración deponen en un sentido (*v. gr.*, acusando al sumariado) pero que al hacerlo judicialmente se desdicen en un todo de lo que expresaron ante la administración; es lo mismo que ocurre en los procesos penales.¹²⁹ Infiere en ello la posibilidad de una condena judicial, pero también, probablemente, la ausencia de presión o sugestión de parte del órgano, un mejor control de la declaración en el ámbito judicial que en el administrativo, preguntas más hábilmente hechas, etc.¹³⁰ Sea cual fuere la causa, lo cierto es que hay una clara diferencia entre el testimonio judicial y el así llamado testimonio producido en la administración.

Esta diferencia impide darle un mismo carácter y alcance probatorio a la prueba testimonial. Parece claro que es indispensable tener mucha mayor prudencia al valorar como prueba de cargo una declaración “testimonial” prestada ante la administración, cuya credibilidad se halla seriamente disminuida, a fin de no incurrir en injusticia evidente.¹³¹ En aquellos casos en que se han tomado tales declaraciones de cargo sin la participación ni el control del interesado ni de sus representantes o letrados, en cambio, debe estarse a favor de la nulidad absoluta de la diligencia procesal. Conviene también tener presente, finalmente, que el valor probatorio de las declaraciones testimoniales no puede asimilarse a otro tipo de pruebas más objetivas, ya que el fundamento probatorio reposa en este caso en una doble circunstancia subjetiva: confianza en la corrección de la *apreciación* del testigo y en la fidelidad de la expresión de sus apreciaciones,¹³² ambas cosas bastante relativas, tratándose de prueba de cargo producida a favor de la misma

¹²⁸ ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 107: Podría configurarse el ilícito penal del art. 293, C.P.

¹²⁹ Es una demostración más de lo que explicamos en el t. 1, cap. VIII, § 7.1 “Relaciones con el derecho penal.”

¹³⁰ Es por esta razón que es solución uniforme no dar carácter estricto con efectos penales, a la declaración prestada ante la administración: HELLBLING, *op. cit.*, p. 302. A más de las razones de conveniencia y seguridad, debe agregarse que la administración activa no tiene ni debe tener funciones judiciales, lo que lleva a negarle también las atribuciones jurisdiccionales clásicas, tales como la *executio*, o la que aquí analizamos. Respecto al problema general de la función jurisdiccional de la administración, ver t. 1, cap. IX, “Las funciones del poder,” § 8, “El problema de la «jurisdicción administrativa»,” a 19, “Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración.” Distinto es el caso de optarse por la creación de tribunales administrativos realmente imparciales e independientes, sujetos a control judicial suficiente y adecuado. Lo explicamos en “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa”, UA, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; previamente publicado bajo el título: “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32; “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726.

¹³¹ Ver CSJN, *Fallos*, 312-1: 1488, *Villalba*, 1989.

¹³² HELLBLING, *op. cit.*, p. 288.

administración interesada en la aplicación de la sanción. La circunstancia de ser la prueba testimonial de menor importancia que otras, p.ej. la instrumental o la de informes, no significa que pueda denegarse su producción si se la ofrece como prueba. La valoración del mérito de una prueba se hace después que ella ha sido producida, no antes. Discrepamos así con la jurisprudencia, que admite que la administración rechace la producción de prueba testimonial de descargo por existir otro tipo de prueba en contra del acusado.¹³³ Ello suprime lisa y llanamente la defensa del administrado, ya que si el tribunal admite, como lo ha hecho, que terminado el sumario la administración puede dar vista al inculcado para que ofrezca prueba y que puede luego denegarle *totalmente* la producción de la prueba de descargo por estimar que la había suficiente de cargo,¹³⁴ entonces transforma el requisito de la audiencia y prueba en una broma cruel.

19. *La prueba de confesión del sumariado*

19.1. *Principios generales*

En el caso de los sumarios administrativos, el principio clásico es que nadie está obligado a declarar contra sí mismo y, correlativamente, al imputado no se le puede exigir juramento de decir verdad de cuanto le fuere preguntado; asimismo, la no concurrencia, silencio o negativa a declarar, no hacen presunción alguna en contra del agente en el sumario respectivo. Esto significa que la negativa del sumariado a declarar o a presentarse, no puede interpretarse como una confesión ficta. La confesión en el procedimiento administrativo, o es expresa y terminante, o no es confesión. La forma debe ser escrita,¹³⁵ firmada ante la autoridad sumarial competente,¹³⁶ con voluntad de obligarse.¹³⁷

19.2. *Valoración frente a otras pruebas*

Ahora bien, estas normas claras y sencillas han sido interpretadas en forma harto cuestionable por la jurisprudencia, en relación a otros medios de prueba.

¹³³ CNFed. CA, *Pérez Pala*, 1965, *LL*, 119: 404; en igual sentido, *Malatesta*, 1965, *LL*, 121: 270, que comentamos en el § 19, “La prueba de confesión del sumariado.”

¹³⁴ *Pérez Pala*, *op. loc. cit.* Es sin embargo un caso algo excepcional.

¹³⁵ CPCCN, art. 425: La confesión extrajudicial puede ser hecha escrita o verbalmente, pero no se la puede acreditar por testigos salvo que haya un principio de prueba por escrito. Sería excepcional un caso de prueba confesional no firmada y no es prudente admitir la grabación magnetofónica como prueba de *confesión* del sumariado, por la posible imitación de la voz con el continuo avance tecnológico que existe en esa materia.

¹³⁶ La confesión extrajudicial es la efectuada “frente a la parte contraria o a quien la represente” (art. 425, citado), lo cual, en el caso de la administración pública, no puede abarcar a todos y cualquier órgano. Sólo son “parte contraria” los funcionarios legalmente facultados para *decidir* en nombre de la administración frente a terceros y sólo es persona que “la represente,” el instructor del sumario; no tratándose de unos ni de otros, la confesión no puede reputarse hecha frente a la parte contraria en el sentido de la norma de referencia.

¹³⁷ Se excluyen las “confesiones” logradas sin la libre voluntad del individuo (coerción, drogas, etc.) y también expresiones aisladas, no hechas con expresa y concreta voluntad de obligarse por confesión.

La originaria CNFed, Sala CA, en 1965 había considerado adecuada la negativa administrativa a oír testigos de la parte, “frente a la confesión ya obrante en las actuaciones.”¹³⁸ Pero la producción de la prueba puede desvirtuar la confesión, lo que no puede valorarse sino *después* de producida la prueba y no antes de conocerla.¹³⁹ La confesión puede probar el hecho, pero no resuelve sobre su valoración, ni sobre los antecedentes del sumariado, que de acuerdo a principios obvios¹⁴⁰ deben tomarse en cuenta para graduar la pena: y es obviamente inconstitucional privar al confeso de su derecho a producir prueba que permita *valorar* su hecho y *graduar* su pena. Esta jurisprudencia “dura” para el sumariado que confiesa, produce sin duda un efecto pernicioso para el interés de la administración. Si confesar el hecho implica abandonar toda posible defensa ulterior, si implica renunciar a poder introducir pruebas sobre la propia personalidad y antecedentes, los motivos por los cuales se cometió el hecho, etc., entonces el tribunal obliga a todo sumariado a adoptar la actitud igualmente “endurecida” del más experto defensor y, en consecuencia, negarse, no sólo a confesar sino también a declarar, para evitar caer en las trampas procesales que el sistema tiende al imputado. El derecho administrativo se aproxima así, una vez más, al derecho penal.¹⁴¹

20. *Dispensa de prueba*

Finalmente, cabe preguntarse si pueden considerarse como elementos de juicio para tomar una decisión los hechos públicos y notorios, respecto de los cuales no se exigiría entonces prueba, o si existen situaciones que permitan prescindir de la prueba. A este respecto cabe distinguir dos situaciones:

20.1. *El conocimiento oficial no es un hecho notorio*

El conocimiento que la administración pueda tener de cierto hecho no es suficiente en principio para considerarlo a éste como notorio y dispensarlo de prueba, pero

¹³⁸ *Malatesta, LL*, 121: 270, año 1965.

¹³⁹ HELBLING, *op. cit.*, p. 276 y la jurisprudencia que cita, en sentido contrario al de nuestro tribunal; *supra*, § 6, “El gobierno de la prueba no debe transformarse en un prejuizamiento.” Incluso en materia penal se presentan casos en que personas inocentes se declaran culpables de crímenes que no han cometido. Por ello, si el confeso quiere luego producir prueba en contra de su confesión, puede cometerse una injusticia irreparable si no se le permite producir esa prueba. Por lo demás, si la prueba se produce y no desvirtúa la confesión, ni proporciona elementos de juicio que permitan cambiar su valoración o encuadre, de todos modos ello sólo ha podido saberse con certeza luego de producida: afirmarlo antes es prejuizar con meridiana arbitrariedad.

¹⁴⁰ Como bien señala SOTO KLOSS, *op. cit.*, p. 111 y ss., un principio cardinal del procedimiento es el de la “proporcionalidad de la sanción,” lo cual requiere actividad probatoria del inculpado a fin de acreditar “ya su inocencia, ya la atenuación de su culpabilidad” (p. 113) y debe además producirse prueba que permita “sopesar la entidad del ilícito disciplinario, el grado de participación y el grado de culpabilidad” (p. 113, nota 2.) Desde este punto de vista, si el sumariado confiesa y simultánea o posteriormente ofrece prueba enderezada a valorar ese *grado* de culpabilidad, *grado* de participación, etc., consideramos que tal actividad probatoria es inseparable de su confesión y que la omisión de producir tales pruebas invalida la confesión.

¹⁴¹ *Supra*, t. 1, cap. VIII, § 7.1, “Relaciones con el derecho penal.”

existen algunas excepciones a las que nos referiremos aquí. Por de pronto, es de señalar que este tipo de conocimiento de los hechos puede dar lugar a muchas dificultades, sea por el tipo de información de que se trate, la forma en que se la conoce, o el momento y el alcance con que se la usa.¹⁴² Si ha podido admitirse que los tribunales pueden tener *judicial notice* —conocimiento judicial—¹⁴³ de ciertos hechos públicos y notorios, no se ha aceptado sin embargo con igual extensión que los órganos administrativos pudieran tener *official notice* —conocimiento oficial—,¹⁴⁴ por razones de seguridad jurídica;¹⁴⁵ la ley de procedimiento administrativo estadounidense confirma este criterio, estableciendo la necesaria oportunidad de producir prueba en contrario.¹⁴⁶ La ciencia procesal se inclina por desechar todo conocimiento oficial y privado del juez,¹⁴⁷ como posible “hecho notorio” que esté dispensado de prueba: “No son, pues, hechos notorios aquellos que el órgano jurisdiccional pueda conocer oficialmente o privadamente, sino aquellos que disfruten de un reconocimiento general en el lugar y en el tiempo en que el proceso se desarrolla.”¹⁴⁸

Al desplazarnos del proceso civil al procedimiento administrativo, las mismas razones nos llevan necesariamente hacia una mayor prudencia aun. En este caso particular, no parece poder admitirse sin más la posibilidad de que un órgano administrativo declare tener conocimiento oficial de hechos que no son conocidos por todos y ello sirva como elemento probatorio, toda vez que, de acuerdo a nuestra jurisprudencia, el acto administrativo debe estar fundado en hechos concretos¹⁴⁹ y no parece que este *official notice* pueda reunir esa condición.¹⁵⁰ En suma y como dice LÓPEZ-NIETO Y MALLO, lo notorio es “lo conocido por todos; más no lo que conozca el titular del órgano en forma privada, con un número mayor o menor de personas.”¹⁵¹ La inadmisibilidad del “conocimiento oficial” o

¹⁴² GELLHORN, *Federal Administrative Proceedings*, *op. cit.*, p. 89; GELLHORN y otros, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 821 y ss.

¹⁴³ Acerca del conocimiento judicial (*judicial notice*) y su efecto sobre los costos del proceso, ver POSNER, *Economic...*, *op. loc. cit.*

¹⁴⁴ Ver la jurisprudencia en GELLHORN, *op. cit.*, pp. 85-6; GELLHORN y otros, *op. cit.*, p. 821 y ss. La regla clara del caso *United States v. Abilene and Southern Railway* ha dado paso a una jurisprudencia algo más flexible, en que se admite el conocimiento oficial de hechos que son “obvios y notorios para el experto.” SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston, Little Brown & Co., 1976, p. 374; 1991, 3ª ed., p. 413. También se han desarrollado las salvaguardas de oportunidad de repreguntar a los expertos y producir prueba en contrario, antes de la emisión del acto que se basará en tales conocimientos: *op. cit.*, pp. 372-4; 3ª ed., p. 413.

¹⁴⁵ En contra, GELLHORN, que por razones de eficacia se inclina por la aceptación amplia del criterio. Ver, sin embargo, lo que decimos en el texto a continuación.

¹⁴⁶ *Administrative Procedure Act* o ley federal de procedimiento administrativo, tít. 5 del *United States Code*, cap. 5, § 556(e); WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 118 y ss.

¹⁴⁷ También denominado “ciencia privada” del juez.

¹⁴⁸ GUASP, JAIME, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, t. II, 2ª parte, Madrid, 1947, p. 380.

¹⁴⁹ Ver *supra*, t. 3, cap. IX, § 8, “Distintos casos de arbitrariedad.”

¹⁵⁰ La solución era adversa en Polonia, art. 71, inc. 4º; la ex Yugoslavia, art. 160, inc. 2º; Hungría, art. 23; GONZÁLEZ NAVARRO, *Procedimientos administrativos especiales*, Madrid, ENAP, 1969, pp. 73-4. Estas diferencias están desapareciendo.

¹⁵¹ LÓPEZ-NIETO Y MALLO, *op. cit.*, p. 825; HELLBLING, *op. cit.*, p. 274.

“conocimiento privado” de la administración¹⁵² existe sólo en la medida en que se pretenda hacerlo valer como prueba en contra del interesado, no tratándose de un auténtico hecho público y notorio. En cambio, si el propio interesado alega un hecho que, sin ser notorio, es de conocimiento oficial o privado de la administración, ésta puede resolver sobre la base de su propio conocimiento sin necesidad de exigir otras pruebas, pero dejando constancia de ello en el expediente.¹⁵³ En caso de haber más de un interesado y existir discrepancia acerca del hecho, no puede admitirse la mera aserción “oficial” de su conocimiento, debiendo entonces exigirse su probanza.

20.2. *Hecho notorio y hecho evidente*

En cuanto al hecho notorio, prestigiosos autores lo han negado en el proceso civil,¹⁵⁴ incluso en el proceso dispositivo.¹⁵⁵ Va de suyo que la solución deberá ser la misma en el presente caso. Ello sin negar la distinción que apuntan CARNELLI y otros en el sentido de que no es lo mismo un hecho *evidente* que un hecho notorio.¹⁵⁶ En efecto, “La evidencia se justifica porque es absoluta. Porque es irreversible lógicamente. Hasta porque no tiene demostración;”¹⁵⁷ o como dice la Real Academia, evidencia es aquella “Certeza clara, manifiesta y tan perceptible de una cosa, que nadie puede racionalmente dudar de ella;”¹⁵⁸ en cambio, “Lo notorio es relativo,” ya que a cierta circunstancia “la notoriedad no le agregaría nada, en esencia, dándole sólo difusión, haciéndola pública y común,”¹⁵⁹ pero no necesariamente verdadera. En este criterio, pues, no requerirá prueba la determinación de las fechas, o el conocimiento de los días del calendario,¹⁶⁰ o la desvalorización de la moneda,¹⁶¹ etc. Entendemos que el funcionamiento concreto de esta eximente de prueba debe ser el siguiente: alegado por parte del recurrente que cierto hecho es “notorio” o evidente y admitida tal circunstancia por la administración,

¹⁵² En el ámbito judicial se excluye el alegato informal, por este tipo de razones y para asegurar la imparcialidad y objetividad del proceso. Ver *supra*, t. 2, cap. I, § 4.2, “El alegato informal.”

¹⁵³ Tal sería el supuesto de una incidencia muy común durante la ejecución de una obra pública: la verificación de días de inejecución de obras por lluvia; la Administración podrá obtener los registros de lluvias ocurridas en el lugar, a sus efectos, pero tal información (obtenible, por ej., mediante el Servicio Meteorológico Nacional) deberá lucir en el respectivo expediente.

¹⁵⁴ Ver LORENZO CARNELLI, “El hecho notorio en el proceso dispositivo,” *LL*, 31: 631; *El hecho notorio*, Buenos Aires, 1944.

¹⁵⁵ CARNELLI, *op. cit.*, p. 641 y ss.

¹⁵⁶ Si bien COLOMBO señala que la aceptación del hecho *evidente* es, en última instancia, lo mismo que para otros el hecho *notorio* aunque con diferentes palabras (COLOMBO, CARLOS J., *Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital*, Buenos Aires, 1964, p. 352), es preferible, por más restringida, la expresión por la que se inclinan LESSONA, CARNELLI, etc.

¹⁵⁷ CARNELLI, *op. cit.*, p. 648.

¹⁵⁸ *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 1970, 19ª ed., p. 592. Ver también MOLINER, MARÍA, *Diccionario de Uso del Español*, t. I, Madrid, Gredos, 1992, p. 1244: “certeza, certidumbre, convencimiento, convicción, seguridad.”

¹⁵⁹ CARNELLI, *op. cit.*, p. 648.

¹⁶⁰ SENTÍS MELENDO, *Teoría y práctica del proceso*, vol. III, Buenos Aires, 1959, p. 103.

¹⁶¹ COLOMBO, *op. cit.*, p. 635; CSJN, *Fallos*, 322-2: 2245, *Sierra Chica S.A.*, 1999.

ésta puede perfectamente no exigir la probanza de dicho hecho y considerarlo debidamente acreditado; en este caso puede incluso tenerse mayor latitud, como en el supuesto de conocimiento oficial a que ya hicimos referencia. En cambio, para que la administración pueda tener por probada determinada circunstancia en contra del interesado y en contra de sus alegaciones, debe procederse con la máxima cautela, admitiéndolo no cuando el hecho es “público y notorio,” sino sólo cuando es además “evidente” en el sentido que expresamos. Y aun en tal hipótesis es fundamental permitir al particular ofrecer y producir las pruebas que él considere atinentes a su derecho y que eventualmente lleven o puedan llevar a cuestionar la “evidencia” del hecho que la administración considera.¹⁶² Y aun puede irse más lejos, pues si ha de definirse al hecho notorio como aquel “que nadie lo pone en duda” (ALSINA),¹⁶³ parece resultar de ello que la simple negación por parte del interesado ya le está quitando esa característica, impidiendo por lo tanto considerarlo como hecho notorio y haciendo necesaria la producción de prueba por parte de la administración a su respecto.

20.3. Hechos “legislativos” y “adjudicativos”

Con estas aclaraciones, no pensamos que corresponda recibir en el derecho argentino la distinción del derecho anglosajón entre hechos “legislativos,” o sea el tipo de hechos de carácter general que podrían ser tomados en cuenta por el autor de una norma general y hechos “adjudicativos” o “decisorios,” en el sentido de hechos propios del caso concreto y que determinan las particularidades del caso. Un ejemplo del primer caso, o *legislative facts*, sería una estadística oficial adoptada por una norma legislativa y de los segundos, o *adjudicative facts*, las circunstancias específicas del caso concreto a decidir.¹⁶⁴ WADE admite que a ello se opone el principio sentado por la Corte Suprema de los EE.UU. en el sentido de que “nada puede ser tratado como prueba si no se lo ha introducido como tal.”¹⁶⁵ La consecuencia que se podría derivar de la distinción, de que solamente los hechos de tipo decisorio para el caso concreto estarían sujetos a prueba en contrario, nos parece incompatible con el sistema constitucional de control judicial. Es una restricción inadmisibles al derecho de los interesados a producir la prueba que hace a su derecho y al principio constitucional de razonabilidad de las leyes.¹⁶⁶ Si

¹⁶² EISNER, *La prueba...*, op. cit., p. 45, “que estos hechos evidentes, aunque no necesitan de prueba por parte de quien desea justificarlos, pueden merecer y aceptar la prueba del adversario; porque cada día el avance de la ciencia va demostrando que hechos que se tenían por evidentes, como ciertos pacíficamente, han pasado a la historia de las ideas científicas a raíz de otras nuevas.” Conf. ley federal norteamericana de procedimiento administrativo, entre otras.

¹⁶³ ALSINA, HUGO, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. III, Buenos Aires, 1956, p. 249.

¹⁶⁴ WADE, *Towards Administrative Justice*, op. cit., p. 120 y ss. Para este autor una regla análoga estaría quizás tácitamente vigente en el derecho estadounidense, op. cit., p. 121.

¹⁶⁵ Op. loc. cit.

¹⁶⁶ Ampliar *supra*, t. 1, cap. VI, § 8, “El principio de razonabilidad. Introducción” a § 16, “Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo.”

la administración en un acto administrativo o en un reglamento, o el legislador en una ley, invocan hechos de cualquier naturaleza parece indispensable que el particular pueda rebatirlos presentando por su parte las pruebas que sean conducentes a ello,¹⁶⁷ o mostrando sus circunstancias, el entorno, etc.¹⁶⁸ Negarle esa prueba sería consagrar como necesariamente verdadera¹⁶⁹ una afirmación que bien puede ser y a veces es, inexacta.

21. *Los actos administrativos no son instrumentos públicos. Remisión*

Finalmente, conviene recordar que constituye un error en materia de apreciación de la prueba, el considerar que los actos o las actuaciones administrativas constituyen instrumentos públicos que como tales hagan fe hasta ser redargüidos de falsos.¹⁷⁰ Ya hemos demostrado en otro tomo que esto no es así y a él nos remitimos.¹⁷¹ Claro que, según explicamos,¹⁷² algunas normas legislativas de la Ciudad de Buenos Aires, exclusivamente para contravenciones de tránsito, dan carácter de instrumentos públicos a las comprobaciones por fotografía y firma digitalizadas. En los tribunales de faltas locales, acertadamente, de hecho se admite prueba simple en contrario,¹⁷³ a veces producida de oficio,¹⁷⁴ no siendo necesario redargüir de falsedad el documento por acción civil o criminal, lo cual resultaría un despropósito, en la especie de este tipo y esta cantidad de infracciones.

El sistema se morigera adicionalmente, por lo demás, por la aplicación del criterio *in dubio pro reo* del derecho contravencional.¹⁷⁵ P. ej., hay casos en que el cartel señala “Prohibido estacionar,” pero la norma no lo respalda: La duda beneficia al que estacionó aunque la foto muestre su auto y el cartel. A la inversa, hay normas prohibitivas de estacionamiento que no tienen cartel que las anuncie: los jueces de faltas igualmente absuelven. Hay casos de carteles que denominan una vía de tránsito por un nombre, que no es el que corresponde a la norma: se absuelve. En cambio en las infracciones de peligro como violación de luz roja o exceso de velocidad el criterio jurisprudencial es, adecuadamente, más estricto.

Con tales salvedades no parece haber otra solución materialmente posible o razonable que la prueba fotográfica digitalizada, u otra más sofisticada que

¹⁶⁷ Para que no se repita lo ocurrido en *Cine Callao*, explicado en GORDILLO y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., anexo al cap. XI. Además de la guía de lectura allí incluida, ampliar en SUÁREZ, ENRIQUE LUIS, “Nueva nota al fallo ‘Cine Callao,’” *LL*, 2004-B, 1198.

¹⁶⁸ Ver *supra*, t. 2, cap. I; t. 1, cap. I, sección II; *Introducción al derecho*, *op. cit.*

¹⁶⁹ Lo cual es por cierto científicamente insostenible, si nos atenemos a todo lo reiterado en los caps. I tanto del t. 1 como del t. 2.

¹⁷⁰ Para una reseña de otros criterios ver SAFI, *op. cit.*, p. 20 y ss.

¹⁷¹ T. 3, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos.”

¹⁷² *Supra*, cap. VI, § 29, “La fotografía y firma digitalizadas.”

¹⁷³ A veces los inculpadados aportan una serie fotográfica mostrando que el lugar es otro, o la distancia mayor, etc., acompañando incluso croquis.

¹⁷⁴ En los casos de la nota anterior, los jueces de faltas mandan a un funcionario del tribunal a verificar en una inspección ocular cuál de los dos registros muestra la realidad.

¹⁷⁵ Acordes en esto, claro está, con el derecho penal.

pueda producir el futuro cambio tecnológico,¹⁷⁶ dados los centenares de miles de infracciones de esta naturaleza que ocurren habitualmente en la actualidad en ciudades como Buenos Aires.

¹⁷⁶ Ver GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, p. 476.

Capítulo VIII

EL TIEMPO EN EL PROCEDIMIENTO

1. Introducción

1.1. *La lentitud del trámite*

El tema de la lentitud del procedimiento y su lesión a la efectividad de la tutela está presente desde tiempo immemorial en el derecho, pero ha comenzado a constituirse en su *leit motiv*.¹ En un mundo globalizado “los Gobiernos toman conciencia de que la atracción de inversiones pasa de forma prioritaria por dotarse de una Administración eficaz.”² Por ello quienes se dedican a tutelar las potestades de la administración y a protegerla de las consecuencias de sus arbitrariedades, sin importarles la demora para el particular, no advierten que descolocan más aun al país en el concierto de las naciones.

La notoria prolongación, a veces de muchos años, en la tramitación de los asuntos obliga a tener una visión reflexiva y serena sobre la importancia actual y potencial de los plazos o términos, no sólo en la administración sino también en la justicia, donde la realidad hace que la única justicia oportuna sea la de las medidas cautelares, precautorias, autónomas, precautelares, etc.; sabido es también que la eficacia real de las sentencias judiciales de condena patrimonial a la administración por responsabilidad extracontractual son tan demoradas en el tiempo y de tan difícil ejecución como para tornarlas ilusorias para la mayoría de los mortales.³

¹ Como señala ZUCCARO, FRANCO OLIVIERO, *Il tempo ed il processo amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 1, citando a PACTEAU, B., *Le caractère effectif de la protection des personnes dans le contentieux administratif français*, p. 17, nota 16. Hasta se han ideado fórmulas matemáticas para medirlo: CLARK, D. S. y MERRYMAN, J. H., “Measuring the duration of judicial and administrative proceedings,” *Michigan Law Review*, noviembre de 1976.

² TORNOS MAS, JOAQUÍN, “La simplificación administrativa y procedimental en el sistema español,” en SANDULLI, MARIA ALESSANDRA (dir.), *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, Milán, Giuffrè, 2000, p. 174.

³ Lo hemos explicado en el cap. XXI, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” *supra*, t. 2, 10ª ed.

A su vez, en lo que respecta al a veces interminable trámite administrativo no hay un pronunciamiento precautorio judicial, no tiene sentido ponerse en exigente con términos de días frente a un particular quejoso, cuando lo menos que le llevará a la administración completar⁴ un trámite en sede administrativa es usualmente un lapso de varios años.⁵

La calidad y eficiencia de la revisión judicial depende de la calidad y eficiencia de la actividad administrativa,⁶ por lo cual la justicia que no corrige sino sanea los vicios administrativos —creyendo con ello ser más eficaz y expeditiva, menos formalista— no hace sino perpetuar las causas de su propia ineficiencia.⁷ Se condena a sí misma a la revisión perpetua de actividad administrativa no fundada seriamente, no dictaminada seriamente, no dictada luego de un cuidadoso examen de las defensas y pruebas del particular, etc. Ese estilo colaborativo y comprensivo frente a una organización vertical que como tal siempre tiene tendencia y mentalidad autoritaria, lo único que logra es que la administración no la respete y luego ni siquiera cumpla sus sentencias,⁸ multiplicando así la ineficiencia del sistema.⁹

A su vez, muchos administrados y también muchos funcionarios públicos han aprendido a desarrollar, a través de los años de vida institucional y política de nuestro país, un acusado sentido de *Realpolitik* administrativa. Como en cualquier

⁴ Hay dudas acerca del momento en que concluye: *infra*, § 14, “La conclusión del procedimiento administrativo.”

⁵ El art. 12 del decr. 1883/91 instruye a los agentes procurar la “eficiencia de la gestión administrativa” y el “respeto de los plazos previstos por las normas vigentes.” Ello debería tomarse como reconocimiento propio de una lentitud crónica. Las legislaciones por lo general no distinguen entre “término” y “plazos.” Es el uso que desde al menos 1964 damos a ambos vocablos, desde *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Álvarez, 1964, 1ª ed., p. 40 y ss.; ver también, posteriormente, HALPERÍN, DAVID ANDRÉS, “El carácter obligatorio de los plazos en el procedimiento administrativo nacional,” *RAP*, 16: 27 (Buenos Aires, 1980); “Los plazos en el procedimiento administrativo,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, cap. XXII, pp. 253-265, quien a su vez critica la posición contraria asumida por HUTCHINSON, TOMÁS, “La caducidad en el procedimiento administrativo,” *RAP*, 12: 9 (Buenos Aires, 1979). Ver también MUÑOZ, GUILLERMO ANDRÉS, “Los Plazos,” en AA.VV., *Procedimiento administrativo, op. ult. cit.*, p. 41 y ss.; CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Los plazos en el procedimiento administrativo,” *ED*, 83: 897; BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. XIX, § IV.5, pp. 630-634; CANOSA, ARMANDO A., *Procedimiento Administrativo: Recursos y Reclamos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 349 y ss.; “Los recursos,” en AA.VV., *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 97 y ss.; ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 206. Ver RODRIGUEZ PRADO, JULIETA, “El procedimiento administrativo en la práctica. Principales cuestiones que se plantean,” TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, pp. 333-337.

⁶ MERUSI, F. y SANVITI, G., *L’“ingiustizia” amministrativa in Italia*, Florencia, 1986, p. 69; ZUCCARO, *op. cit.*, p. 19, nota 20.

⁷ Es la misma simplificación que critica y matiza VANDELLI, LUCIANO, “Conclusioni,” en *Giornate di studi in onore di MASSIMO SEVERO GIANNINI*, Bolonia, Spisa - Università di Bologna, 1997, pp. 238-9, entre “Derecho Público (considerado demasiado rígido e ineficiente) y Derecho Privado (flexible y adaptable).”

⁸ TALICE, C., *La giustizia amministrativa. Analisi dei caratteri e delle tendenze*, Milán, 1998, p. 19.

⁹ ZUCCARO, *op. cit.*, p. 20.

juego, sea de guerra o de ajedrez, hay jugadas cuyo objetivo real no es el aparente e inmediato, sino uno a veces muy ulterior. Cada persona ve necesariamente el procedimiento en una proyección temporal: ¿cómo será el problema de aquí a uno, tres, cinco, diez años? Si un gobierno acaba de asumir el poder y declara cesante sin sumario previo a determinado agente, por razones políticas, es obvio que no será ese *mismo* gobierno en el *corto* plazo el que podrá hacer lugar a un reclamo de dicho individuo, sea que pretenda indemnización o reincorporación.

Pero hay dos términos en esa ecuación que pueden cambiar; ese mismo gobierno, en el mediano plazo, puede generalmente mudar de actitud. O también en el mediano o largo plazo puede haber y seguramente habrá otro gobierno distinto en su lugar, el cual sí podrá estar bien animado respecto al recurrente.

Hasta puede ocurrir y frecuentemente ocurre, que el recurrente, cesante, etc. de ayer sea el Ministro o secretario de Estado de mañana. Sobran los ejemplos. También los funcionarios de la administración saben que el réprobo de hoy puede ser el elegido de mañana y ello usualmente les hace tener un cierto grado de prudencia y calma. El apuro, la urgencia, no es la impronta usual del agente público en las diversas etapas procedimentales a menos que los jueces los apuren con pequeñas multas diarias.¹⁰ Las orientaciones judiciales en cuanto al mayor o menor control efectivo de la actividad administrativa también evolucionan e involucionan con frecuencia.

1.2 *La inexistencia de un responsable del procedimiento*

Además, si ya se observó que en muchas ocasiones la decisión administrativa es anónima,¹¹ más anónima es aun la conducción del procedimiento. Y no es esto una fantasía, pues realmente *nadie* lo dirige; no hay un ser de carne y hueso al cual dirigirse para *todo* el trámite.¹² En nuestro procedimiento administrativo general, en efecto, no existe ninguna persona que esté encargada de la dirección del trámite, como lo es en cambio el instructor en un sumario. Los intentos de corregirlo estuvieron siempre destinados al fracaso, por utópicos o irrealizables.¹³ Las mesas de entradas y jefes de despacho se limitan a resolver, en la oficina en que cada expediente se encuentra, cuál deberá ser el *siguiente* inmediato paso y

¹⁰ *D'Ornea*, 25-IV-2003, Juzgado del Dr. OSVALDO C. GUGLIELMINO (JFed. CA N° 4) con nuestra nota, "Hay Jueces en la Argentina: la inconstitucionalidad de la prohibición de imponer *astreintes* a los funcionarios públicos," *LL*, 2004-C, 152.

¹¹ Ver SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston, 1976, § 131, p. 374 y ss., esp. pp. 385-94; Boston, Little, Brown & Co., 1991, 3ª ed., p. 416 y ss., esp. pp. 420-6 y el análisis de los cuatro casos *Morgan* fallados por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

¹² Recuerda SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 378 de la 1ª ed.; 3ª ed., p. 419, al presidente del *Attorney General's Committee on Administrative Procedure*: "la repartición (*Agency*) es una gran organización oscura con la cual el ciudadano tiene que tratar. Es absolutamente amorfa. Él la aprieta en un lugar y ella aparece en otro. Nadie parece tener autoridad específica. Hay alguien llamado la comisión, la superioridad (*Authority*); un ente metafísico omnisciente protector que parece flotar en el aire y no es un ser humano. Eso es lo que es desconcertante."

¹³ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 45, quien relata el último intento fracasado, el decreto 1883/91.

le toca al *subsiguiente* jefe de mesa de entradas o de despacho decidir cuál será el nuevo paso o etapa procedimental y así hasta el infinito. *Ninguna* persona tiene en su mente o en sus registros *todos* los pasos del expediente¹⁴ y son poco frecuentes los fluxogramas o estudios del desenvolvimiento normal de un expediente.¹⁵

En Italia, por el contrario, existe la figura, exigida por la ley 241/90, del “responsable del procedimiento.”¹⁶ Debe ser una persona física, no un cuerpo colegiado y debe comunicarse su calidad de responsable a todos los interesados;¹⁷ tiene responsabilidad civil, administrativa y penal,¹⁸ p. ej., por omitir citar a los interesados. El incumplimiento de estos recaudos determina la nulidad de los actos de procedimiento y del acto final.¹⁹ Otros países tienen experiencias de responsable del procedimiento, pero circunscriptas a casos especiales, al igual que nosotros: el sumariante, el instructor de la audiencia pública, etc.²⁰

1.3. *La mutación normativa a través del tiempo*

La mutación de las normas hace imprescindible encarar su estudio con una perspectiva temporal, como ya lo enseñara GENARO CARRIÓ para todo caso de derecho.²¹ Recursos o reclamos que empiezan bajo un ordenamiento determinado, siguen su trámite con otro y terminan con un tercero. Cambian autoridades y gobiernos, cuando no el particular. La mutación es la regla incluso bajo un mismo sistema.²²

No existe por ello un principio de que una petición deba regirse en cuanto al procedimiento por las normas bajo las cuales se iniciara;²³ las posteriores se

¹⁴ Las mesas de entradas, tienen un registro *histórico* de todos los pasos del expediente hasta ese momento; pero lo que interesa es saber dónde el expediente *debe* luego ir hasta llegar a su conclusión final. Para contestar este tipo de interrogante como mucho lo que puede haber son estimaciones subjetivas basadas en la experiencia, pero nada más, porque cada funcionario subsiguiente que interviene en el trámite es frecuentemente dueño y señor de su etapa procedimental y por ende de la siguiente inmediata. Esto es la consecuencia del hecho lamentable que no exista ningún funcionario que sea responsable de toda la tramitación de un expediente, como ya lo señalamos en otro lugar. Ello lleva a que la administración adquiera características de anonimato e impersonalidad verdaderamente alarmantes para quien no sigue paso a paso el expediente, tarea que no es ciertamente sencilla.

¹⁵ Las decisiones más sencillas llevan pases superfluos: INAP, RAP, 25: 93 (Buenos Aires, 1967.) Qué decir de los trámites complejos en que interviene un particular recurrente, hay que producir prueba, informes y dictámenes, etc. Ampliar en CASSESE, SABINO, *Le basi del diritto amministrativo*, Milán, Garzanti, 1997, 4ª ed., p. 333 y ss.

¹⁶ SANDULLI, ALDO, “Il procedimento,” en CASSESE, SABINO (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, t. II, Milán, Giuffrè, 2000, pp. 997-1003; VIRGA, PIETRO, *Diritto amministrativo*, vol. 2, *Atti e ricorsi*, Milán, Giuffrè, 1999, 5ª ed., pp. 59-60 y sus referencias de las notas 22 y 25.

¹⁷ VIRGA, *op. cit.*, p. 60, notas 23 y 24.

¹⁸ VIRGA, *op. cit.*, p. 61 y nota 28.

¹⁹ VIRGA, *op. cit.*, p. 63.

²⁰ SANDULLI, *op. cit.*, p. 998.

²¹ Ver las referencias que efectuamos *supra*, t. I, cap. I.

²² OUAZZANI CHAHDI, HASSAN, *Droit administratif*, t. I, Casablanca, Imprimerie Najah El Jadida, 1998, 2ª ed., p. 41 y ss.

²³ GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. IV-I, Milán, Giuffrè, 1969, p. 127. No existe en el procedimiento administrativo un principio similar al de la *perpetuatio jurisdictionis*.

aplican a los procedimientos en trámite,²⁴ salvo los actos y hechos cumplidos al amparo de las normas anteriores.²⁵

1.4. *La relatividad de los diferentes términos en el procedimiento*

Si bien los plazos son teóricamente obligatorios para la administración y el particular, en la realidad el tiempo verdadero de cada uno asume una significación totalmente diversa. Ello importa desde un vago la irrazonabilidad del aserto teórico mentado. Diversa en primer lugar por las consecuencias jurídicas del transcurso del tiempo, que al funcionario probablemente no le acarreará, en forma personal, ninguna consecuencia disvaliosa,²⁶ en tanto que el particular se expone en algunos casos a perder su derecho.²⁷ En segundo lugar porque para el interesado el plazo se le presenta como una múltiple y quizás, a veces, angustiosa toma de decisión. ¿Se enfrentará a la administración y eventualmente asumirá las consecuencias? ¿Consultará un abogado o resolverá por sí? En el primer caso, ¿a qué abogado acudirá? ¿Son razonables los honorarios que le pide? ¿Cómo los

²⁴ GIANNINI, *op. cit.*, p. 128.

²⁵ GIANNINI, *op. cit.*, pp. 128-9. Así el decreto 7314/72 dispuso "Las disposiciones de la ley 19.549 y del decr. 1759/72 se aplicarán también a las actuaciones administrativas pendientes a la fecha de su vigencia, con excepción de los trámites, diligencias y plazos que hayan tenido principio de ejecución o empezado su curso, los cuales se regirán por las disposiciones hasta entonces aplicables, sin que en ningún caso ello autorice a retrogradar los procedimientos" (art. 2°.) Lo mismo el decreto 1883/91, art. 24: "El régimen sancionado por el presente decreto será de aplicación a los trámites que se inicien a partir de la fecha de su publicación." Ver las concordantes inquietudes de HUTCHINSON, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, 3ª ed., p. 217, respecto de cuándo exactamente se inicia un expediente o un trámite administrativo.

²⁶ Pues si bien en teoría es responsable civil y administrativamente por la mora, no son frecuentes los casos en que esa responsabilidad se haya intentado efectivizar por la irregularidad de no pronunciarse, informar o dictaminar en tiempo. Si bien en el caso del funcionario letrado que lleva un juicio por la administración se le puede sancionar por dejar transcurrir un plazo *procesal* sin contestar un traslado, una demanda, etc., no abundan los supuestos en que se sancione a un funcionario administrativo por dejar transcurrir un plazo o término administrativo respecto de un particular, para expedirse, dictaminar o informar. En el plano abstracto el decreto 1883/91 establece en su art. 16 la posibilidad de sanción (en los términos de la ley 25.164, reglamentada por decr. 1421/02) en caso de incumplimiento de los plazos por parte de los funcionarios intervinientes. No conocemos casos de aplicación de tal norma. Por ello, lo más eficaz para lograr que la administración actúe suele ser el amparo por mora de la administración. En la Ciudad de Buenos Aires, el art. 22, inc. e), ap. 1°) del decr. 1510/97, dispone expresamente que el incumplimiento de los plazos por parte de la Administración traerá aparejada la sanción disciplinaria de los agentes implicados, "sin perjuicio de la responsabilidad personal y solidaria con el órgano administrativo por los daños y perjuicios."

²⁷ Ver HALPERÍN, "El carácter obligatorio de los plazos en el procedimiento administrativo nacional," *op. cit.*, p. 27 y ss. y sus remisiones; más recientemente "Los plazos en el procedimiento administrativo," en TAWIL (dir.), *Procedimiento administrativo*, *op. cit.*, cap. XXII, pp. 253-265, esp. p. 264 y nota 20(¿?). Como señala este autor, aunque nos ubica en una posición contraria, los plazos para recurrir, una vez agotadas las suspensiones, interrupciones y remisiones, son perentorios. Ese es el sentido en que se orienta la jurisprudencia judicial, lo cual no es sino la cabal demostración de la injusticia e irrealidad del sistema vigente; de allí nuestra crítica. Es aplicable enteramente la crítica de GARCÍA DE ENTERERÍA y FERNÁNDEZ, que uno puede perder su casa por recibir una notificación en sus vacaciones y no haber previsto quién conteste las notificaciones e interponga los recursos en su descanso anual. Ese es el sistema vigente, lo que no significa que sea razonable ni constitucional.

pagará? Así, el administrado tiene diversas decisiones personales que tomar, gastos que decidir asumir o no, consecuencias que evaluar y ponderar, lo que muchas veces es totalmente ajeno a su experiencia normal, a menos que sea un contratista o proveedor habitual del Estado. Todo ello debe hacerlo en el breve plazo de días “extraordinariamente fugaces,”²⁸ “extremadamente fugaces,”²⁹ de que se trate, sin que le valga de excusa tener mucho trabajo privado, en tanto que, al contrario, el funcionario puede alegar el recargo de tareas como una causa para excederse de los plazos. Esta medición del tiempo en relación a la naturaleza humana del individuo viene consagrada en diversas normas, aunque no con la fuerza necesaria.

En todo caso, cabe recordar que el art. 24.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos garantiza en forma análoga el acceso a una tutela judicial efectiva “sin dilaciones indebidas,” en tanto que la americana garantiza en su art. 8° el derecho a obtener sentencia en un plazo “razonable.”

La preocupación de las normas modernas es por el fugaz tiempo terreno del particular, no por el incorpóreo y eterno de la administración. No parecen entenderlo así quienes aplican e interpretan las normas locales prescindiendo del contexto supranacional.³⁰ El funcionario, por su parte, toma las resoluciones pertinentes como parte de su labor profesional, rutinaria o no, pero en todo caso desprovista del elemento de ansiedad, inseguridad, costo, etc., que la decisión opuesta tiene para el particular y las toma con tranquilidad, sin prisa.

Cuando el horario se acaba, lo natural es que deje lo inconcluso para el día siguiente. Cuando el mes se acaba, para el siguiente y así sucesivamente. No se pretenderá que haga en una semana o quince días lo que no puede materialmente hacer. El funcionario que sin ser de jerarquía quiebra estas reglas es el *rulebreaker* y lleva sanción social ya que no jurídica. No es bien visto. Además, en la administración hay que consultar a colegas, jefes y empleados, elaborar consenso antes de actuar. Ése es el modo suave de denotar lo que otros señalan

²⁸ DIEZ SÁNCHEZ, JUAN JOSÉ, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas, 1992, p. 229; “plazos fugaces para interponerlos y plazos alargados para resolverlos expresamente, cuando no más dilatados por aplicación del silencio administrativo” (p. 236.) Distintos autores españoles formulan igual caracterización, que nadie por lo demás controvierte; ver GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, MARTÍN MATEO y otros.

²⁹ La expresión pertenece a buena parte de la doctrina y ha sido seguida entre nosotros por MUÑOZ, “Los plazos,” *op. cit.*, p. 44. La traemos aquí para mostrar que esta percepción es universal y absolutamente real. Hasta la jurisprudencia lo ha reconocido, p. ej. en Venezuela, señalando que “en el ámbito administrativo los plazos de impugnación son extraordinariamente fugaces,” RDP, 24: 122, Caracas, EJV, que recuerda ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo formal*, Valencia, Venezuela, Vadell, 1998, 3ª ed., p. 322, cuyo énfasis tomamos. Cabe entonces preguntarse: si todos coincidimos en ello, ¿no significa acaso que son irrazonables? Con el peso adicional de *Gorordo* y *Romero*, pensamos que sí.

³⁰ Nos referimos al tema referenciado *infra*, § 13, “El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial” del cap. IX; ver también t. 2, cap. XIII, § 3.1.3, “La cuestión del agotamiento de la vía administrativa,” nota 37. Ver en cambio CSJN, *Fallos*, 316-3: 2539, *Parra de Presto*, 1993.

como burocracia. Sin apuro, sin urgencia. En ocasiones hasta quizás pueda decirse que fríamente, tranquilamente.

En cambio el particular no tiene posibilidad de alegar eximente parecida: si es necesario ¿debe entonces él postergar su trabajo y su familia, pero no puede dejar de cumplirle a la administración el plazo que ella tan placentera, tan plácida y calmamente le fijó...? Se podría abundar mucho sobre el administrado y administrador frente a un plazo de procedimiento, pero con lo expuesto basta para demostrar que no se trata de situaciones comparables ni mucho menos iguales.

Por ello, la afirmación tan común de que los plazos obligan “por igual” a la administración y a los administrados³¹ nos parece insatisfactoria y disvaliosa, en primer lugar por absolutamente alejada de la realidad. En otras palabras, es una afirmación empíricamente falsa, que no puede entonces constituir un principio de derecho.

El plazo para impugnar judicialmente un acto es fatal, de noventa días y puede reducirse a diez o quince si el particular no interpone en ese tiempo el recurso administrativo;³² pero la administración no tiene plazo. Es que los plazos no pueden ni deben obligar por igual a ambos, en otro sentido. A la administración, incorpórea y eterna, no le hace mella el tiempo; al particular, con el tiempo se le va directamente la vida. Es grosera injusticia postular la equiparación de situaciones que no son para nada iguales.³³ Hasta los jueces lo constatan,³⁴ pero nada cambia si no es para peor.

Agrega con agudeza e ironía MUÑOZ: “Para la Administración, en cambio los plazos para decidir le parecen sumamente breves. Cuando no, una insolente intromisión del legislador en su privilegio de hacer esperar, prerrogativa propia de todo poder o de todo quien sienta que lo tiene.” “El hacer esperar, es el pasatiempo

³¹ Decreto-ley 19.549/72, art. 1° inc. e) ap. 1°; España, art. 47; nuestro Proyecto de 1964, art. 320; Bolivia, art. 21 inc. I); Perú, art. 131 inc. 1°; Uruguay, art. 110, etc. La legislación y doctrina es en esto uniforme, al menos en la formulación general del principio.

³² MUÑOZ, “Los plazos,” *op. cit.*, p. 41.

³³ Podría incluso ensayarse un parangón con las conjeturas o hipótesis de la física: en la física no existe un intervalo de tiempo que sea independiente del sistema a que es referido, ni del estado de movimiento del sistema de referencia (EINSTEIN); no puede hablarse de sucesos que acontezcan simultáneamente en sistemas no relacionados. Pues bien, en nuestro caso, no hay un *único* sistema de referencia que sea “el procedimiento administrativo,” una suerte de tubo al vacío en el cual caen galileanas plumas y pesas a la misma velocidad; no hay un sistema de referencia, sino dos: la vida de la administración, su propio proceso prácticamente atemporal y la vida del administrado, a la cual es superfluo calificar de finita, breve, etc. ¿Cómo pretender que el sistema de referencia sea el mismo, para calificar y comparar por igual los tiempos en que se dan uno y otro? Si no tiene sentido hablar de sucesos que acontezcan simultáneamente en sistemas no relacionados, ¿cómo medir con el mismo reloj y la misma vara a sucesos de administrado y administrador que no ocurren simultáneamente en sistemas relacionados, ni tampoco ocurren simultáneamente en un mismo sistema?

³⁴ Como dice MUÑOZ, *op. cit.*, p. 47, a quien transcribimos en este mismo parágrafo, que si bien es cierto que el sistema normativo (y jurisprudencial, agregamos nosotros) “consagra solemnemente que los plazos son obligatorios tanto para la Administración como para los administrados, también lo es que las sanciones frente al incumplimiento son más rápidas, drásticas y eficaces en un caso que en el otro.”

milenario de *toda* persona que se siente importante desde el médico al empleado bancario, desde los políticos a los jueces. La antesala —esa apropiación del tiempo ajeno— es una metáfora muchas veces patética y siempre fastidiosa del poder.”

1.5. *La aplicación de los plazos de prescripción*

Frente a la realidad antes expuesta, consideramos oportuno el categórico cambio de criterio en nuestra legislación que adelantara la Provincia de Corrientes, cuyo art. 195 establece que los plazos breves de días que establece para interponer recursos administrativos, son aplicables solamente cuando existen contrainterés. A la inversa, “no habiéndose constituido derechos en beneficio de terceros, ni pudiendo la resolución que se dicte perjudicar a éstos, *el recurso podrá plantearse en cualquier momento, dentro de los plazos de prescripción.*”

La posibilidad de plantear el recurso en cualquier momento dentro de los plazos de prescripción, o la remisión lisa y llana a los plazos de prescripción, no es por lo demás tan ajena como pudiera parecer a nuestras prácticas. Como explicamos en su lugar, la solución es aun más terminante en el caso de los actos nulos de nulidad absoluta,³⁵ respecto de los cuales en buenos principios no son aplicables no ya sólo los plazos de días de los recursos administrativos y ni siquiera los plazos de años propios de la prescripción de cualquier acción y derecho, sino que *la acción y el recurso administrativo debieran considerarse imprescriptibles.*³⁶ Sumemos a ello la inconstitucionalidad³⁷ de acortar por vía de legislación local la prescripción del Código Civil y transformarla en caducidad irremisible. Se ha propuesto³⁸ que el transcurso del plazo no cierra la vía de los daños y perjuicios; a la inversa, se ha resuelto que la inconstitucionalidad es imprescriptible, no los daños.³⁹

1.6. *La pérdida de todo derecho en quince días*

Los intentos de morigeración de los plazos administrativos que surge del acápite anterior, chocan contra un muro de roca frente a la reciente jurisprudencia que

³⁵ *Infra*, § 6, “Inaplicabilidad de los términos.”

³⁶ *Supra*, t. 3, *Introducción* y cap. XI, § 10, “Su denominación. La afirmación de que hay nulidad absoluta en el acto administrativo,” SALERNO, *Nulidad absoluta y prescripción*, Buenos Aires, 1978, pp. 43-7.

³⁷ En contra COMADIRA, JULIO RODOLFO y MONTI, LAURA (colaboradora), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario a los arts. 25 a 27, § 7.3, p. 477.

³⁸ Quien primero destacó el principio en la doctrina fue MAIRAL, a quien siguieron JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “Reflexiones sobre la admisibilidad de la acción por cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar dentro del plazo del art. 25 de la ley 19549,” *RDA*, 3: 117; ABERASTURY (H.) y CILURZO, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 90; a todos los cuales adherimos aquí.

³⁹ Sala V, *Nóbile, LL*, 1997-C, 831, con nuestra nota “La inconstitucionalidad es imprescriptible, pero no los daños,” *LL*, 1997-C, 830, reproducida en *Cien notas..., op. cit.*, § 64, pp. 144-5. En el caso se trataba de un acto reglamentario, por lo que la inexistencia de plazo era normal.

ejemplifican los fallos *Romero* y *Gorordo*.⁴⁰ Pues a resultas de ello, parece ser opinión difundida, hoy en día, que vencido el plazo para interponer el recurso administrativo, “el administrado pierde el derecho de recurrir y, además, también pierde su derecho de fondo. Pues, si uno relaciona este requisito con el del agotamiento de la vía administrativa, *el derecho de fondo no se pierde* vencidos los noventa días para iniciar la acción judicial, sino *a partir del vencimiento de los diez o quince días previstos para plantear los recursos administrativos*.”⁴¹ Es aplicable aquí lo que dice un autor respecto de otra solución “jurídica:” es una cuestión “de brujería.”⁴² En rigor una herejía jurídica.

¿Cabe esperar que la nueva composición de la CSJN pueda corregir tamaño desajustado? ⁴³ Esperanzadamente deberían ser los jueces de los tribunales inferiores quienes comiencen a señalar el camino constitucional correcto y promuevan de ese modo un reexamen de la cuestión en la Corte Suprema, pues no parece necesario tener que esperar a que un tribunal supranacional nos condene, una vez más, por irrazonable privación de justicia.

Pero en todo caso es cuestión de ponerse a pensar en serio sobre una profunda reforma de la administración, causa originaria de todos estos problemas, sustituyéndola por tribunales administrativos independientes sujetos a contralor judicial suficiente y adecuado.⁴⁴

2. Caracteres generales de los plazos o términos⁴⁵

2.1. Inaplicabilidad literal de la distinción procesal entre perentoriedad e improrrogabilidad

La distinción entre perentoriedad e improrrogabilidad no tiene demasiada aplicación en el procedimiento administrativo porque es distinta la situación procesal: en el derecho procesal la prorrogabilidad o improrrogabilidad de los plazos se refiere a la potestad *del juez* de ampliarlos o no; la perentoriedad se refiere a que

⁴⁰ Ver *supra*, cap. III, § 13, “Criterio a seguir” y 18.3, “El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa” e *infra*, en este cap., § 2.3.2, “El caso del recurso fuera de término,” § 2.3.6, “Conclusiones,” 14.1, “Primero, haber empezado” y 14.2, “El premio de los que vigilan,” cap. IX, § 13, “El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial,” cap. X, § 1.3, “La tendencia propuesta (¿o real?)” y 9.2, “Es una espada de Damocles,” cap. XI, § 5.2, “Elección de la vía judicial.”

⁴¹ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 44. La bastardilla es nuestra.

⁴² MUÑOZ, *op. cit.*, p. 46, refiriéndose al silencio en la ley española 30/92.

⁴³ Lamentablemente, en los tiempos que corren parecen ser cada vez más los temas que sólo puede resolver correctamente la Corte Suprema, lo cual es imponerle una carga excesiva. Nos remitimos a nuestro trabajo “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” *LL*, 2005-A, pp. 905-921. Reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296. Es la sociedad, y dentro de ella la doctrina, los que deben orientar esos cambios. Si pocos denuncian y destacan el disparate, éste continuará y se multiplicará.

⁴⁴ Ver nuestro art. “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726.

⁴⁵ Respecto a la sinonimia ver *supra*, nota 5, segunda parte.

las partes pierden su derecho no usado en término, por el solo transcurso de éste, y se trata de una sanción a su inactividad procesal como litigantes.⁴⁶

Sin embargo, la distinción es inaplicable en sentido estricto porque la administración actuaría en tal caso indebidamente en el doble carácter de “juez” y parte, con notoria violación al principio del debido proceso legal en cualquiera de sus manifestaciones históricas. Al no ser ella en caso alguno dentro del procedimiento general un “tercero desinteresado del proceso,” ni menos un tercero imparcial e independiente,⁴⁷ no cabe hablar a su respecto de plazos “improrrogables” o “prorrogables” en el sentido del derecho procesal. El decreto-ley 19.549/72 pareciera prescindir de tal conceptualización, al referirse en el art. 1º, inc. e), ap. 5º, a su genérica prorrogabilidad, que establece como atribución de la administración y en el inc. 6º, a un *único* supuesto de pérdida de derecho por transcurso del término, tampoco muy catégorico. Surge ya de allí la regla general de la *prorrogabilidad* y *no perentoriedad* de los plazos o términos administrativos, si quisiéramos utilizar la terminología procesal.

2.2. *Prorrogabilidad de los términos de los particulares*

Los términos establecidos para los particulares son prorrogables por la administración,⁴⁸ con la señalada e inexplicable excepción de los términos para recurrir, que son fatales no sólo en sede administrativa sino por arrastre también para la acción judicial, lo que conlleva una notoria denegación de justicia. En los demás casos, incluso ha de considerarse limitada la facultad de negar la prórroga solicitada por el particular.⁴⁹ La administración puede disponer la prórroga tanto

⁴⁶ Pueden hacerse combinaciones de ambas soluciones, dependiendo de la legislación procesal: puede haber términos perentorios (las partes pierden su derecho al transcurrir el término), prorrogables (el término al vencer el cual pierden su derecho es tanto el fijado directamente por la ley como el ampliatorio que en su caso puede disponer el juez) como improrrogables (el juez no puede ampliar el término fijado por la ley) y puede haber términos no perentorios (las partes no pierden necesariamente su derecho al vencer el término) prorrogables (el juez puede ampliar el plazo, sin perjuicio de que las partes no pierdan su derecho.) LASCANO, “Improrrogabilidad y perentoriedad de términos judiciales,” *LL*, 19: 131; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1975, p. 517 y ss.; BALBÍN, *op. cit.*, t. II, cap. XIX, § V.4.1, pp. 678-682, etc.

⁴⁷ Y menos aun sería correcta una eventual asimilación de la administración a juez y del particular a parte, forzando entonces los roles y poniéndolos en absoluta, definitiva e irrazonable desigualdad.

⁴⁸ Según el inc. 5º) del inc. e) del art. 1º, “Antes del vencimiento de un plazo podrá la Administración, de oficio o a pedido del interesado, disponer su ampliación.” El decreto-ley se refiere a los términos de los particulares, no los estipulados para la administración. CASSAGNE, “Los plazos en el procedimiento administrativo,” *op. cit.*, p. 909; *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 346: “la ley de procedimientos administrativos no acoge el principio de la improrrogabilidad como regla general,” DIEZ Y HUTCHINSON, *Manual de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, Plus Ultra, 1980, p. 507. Con ello se falsea, una vez más e irremediabilmente, el aserto ilógico y falaz de una supuesta obligatoriedad “por igual” de los plazos para ambas partes, administración y administrado; no lo son en la realidad, y es por lo tanto *carente de sustento fáctico suficiente y adecuado* la afirmación contraria tan de boga en nuestros textos.

⁴⁹ Comp. CASSAGNE, “Los plazos...,” *op. cit.*, p. 909; *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 347, que asimila los casos de admisión y rechazo de la prórroga, aplicando a ambos la regla de que deben ser fundados y no perjudicar derechos de terceros.

antes de operarse el vencimiento⁵⁰ como también después:⁵¹ o sea que la prórroga puede disponerse con efecto retroactivo.⁵²

2.3. No perentoriedad

Dentro del contexto explicado en los § 1.1 y 1.2 cabe evaluar ahora la perentoriedad de los plazos en el procedimiento administrativo. Dando al vocablo *perentorio* el alcance de plazo que una vez transcurrido implica haber perdido irremisiblemente el derecho dejado de usar en término,⁵³ entendemos que no existe *casi* ningún plazo perentorio en el procedimiento administrativo. Resulta evidente a nuestro entender, que la supuesta perentoriedad de los plazos es no solamente irrazonable sino también plenamente injusta y disvaliosa. La débil argumentación de que lo contrario atenta contra la seguridad jurídica no pasa de ser un aserto meramente dogmático.⁵⁴ La mera existencia textual de un término no es un dato suficiente que permita establecer su perentoriedad.⁵⁵ Por ello no es ilegítima la decisión adoptada tardíamente ni se pierde la potestad administrativa por el mero transcurso del tiempo.⁵⁶

2.3.1. Plazo para acudir a la instancia judicial

El DL 19.549/72, en efecto, sólo utiliza esta expresión en el art. 25 para referirse al plazo para acudir a la justicia, o sea que se trata de un plazo procesal ajeno al trámite ante la administración. Dado que este plazo puede ser suspendido por la interposición en término de recursos administrativos procedentes, o por el pedido de vista de las actuaciones,⁵⁷ pensamos que no es un plazo de caducidad. Y sabemos que es inconstitucional reducir localmente los plazos de prescripción del C.C.

⁵⁰ Este supuesto está expresamente contemplado en el ap. 5° del inc. e) del art. 1°.

⁵¹ ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, p. 267; CASSAGNE, *op. loc. cit.*, “nada se opone a que esa ampliación se conceda inclusive en los casos en que los respectivos términos se encuentren vencidos, supuesto no prohibido por el ordenamiento jurídico administrativo ni tampoco contemplado en la norma.”

⁵² Esto, en contra de la doctrina que niega carácter retroactivo a los términos: MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 4ª ed., p. 356 y ss.; 1995, 5ª ed., p. 387; CASSAGNE, *op. cit.*, pp. 898-9; *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 347.

⁵³ Comp. FIORINI, *op. loc. cit.*; HALPERÍN, *op. cit.*, p. 27; COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario al art. 1°, § 3.2.2.6.1, p. 83; *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed. actualizada y ampliada, cap. VIII, § 6.2, pp. 210-1; CASSAGNE, *op. loc. cit.* Ver *supra*, § 2.1, “Inaplicabilidad literal de la distinción procesal entre perentoriedad e improrrogabilidad.”

⁵⁴ Comp. FIORINI, *op. cit.*, pp. 517-9; DOCOBO, JORGE J., “El plazo de gracia en el procedimiento administrativo,” *LL*, 1979-B, 105; CASSAGNE, *op. loc. cit.*; HALPERÍN, *op. loc. cit.* La fundamental excepción es los recursos: CSJN, *Lucrecio Leyes, Fallos*, 315-2: 1604, 1992.

⁵⁵ Así la jurisprudencia italiana que cita SANDULLI, ALDO, “Il procedimento,” en CASSESE, SABINO (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 1060 y nota 514; comp. VIRGA, PIETRO, *Diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 59, nota 20.

⁵⁶ SANDULLI, *op. cit.*, p. 1060 y nota 516.

⁵⁷ ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 88, quienes recuerdan a CASSAGNE, *op. cit.*, p. 329. Ver *supra*, cap. IV, § 8.2.

Claro está, la jurisprudencia ve con buenos ojos la caducidad y no ha declarado ni tal vez declare su inconstitucionalidad. Lo que ciertamente no cierra el debate.⁵⁸

2.3.2. *El caso del recurso fuera de término*

En lo que hace al plazo para interponer recursos administrativos, a estar a los textos positivos, lamentablemente predomina el criterio de que pareciera ser perentorio⁵⁹ pero prorrogable, según surge del ap. 5º del inc. e); con todo, es un término que se suspende de pleno derecho ante el pedido de vista de las actuaciones.⁶⁰

Incluso, si ha transcurrido el plazo con su prórroga (por suspensión automática o dispuesta por la administración), todavía puede el particular interponer la denuncia de ilegitimidad que si bien no lleva la calificación formal de recurso sustancialmente se le identifica.⁶¹ Por ello pensamos que ni siquiera en este supuesto existe realmente perentoriedad en sentido estricto: compartimos la observación de FIORINI de que la admisión de la denuncia de ilegitimidad es una forma de sanear el recurso presentado fuera de plazo, puesto que la administración, también aquí, puede perfectamente dar curso a la presentación no obstante el transcurso del plazo.⁶² Este había sido uno de los grandes avances del procedimiento administrativo anterior al decreto-ley 19.549/72 que esta normativa y sus cultores destruyeron.⁶³

⁵⁸ ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 89. De igual modo identifica REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 150, algunos antecedentes donde la supuesta “perentoriedad” no se aplica.

⁵⁹ CANOSA, *Procedimiento Administrativo...*, *op. cit.*, p. 351: “el plazo para la interposición de recursos administrativos es perentorio.” Conf. CSJN, *Fallos*, 315-2: 1604, año 1992. El cuestionamiento de actos generales a través de los actos de aplicación es vista por REJTMAN FARAH, *Impugnación...*, *op. loc. cit.*, como un supuesto en donde la alegada perentoriedad encuentra alguna flexibilidad. También señala que al admitirse la posibilidad de impugnar los actos coligados dictados durante el procedimiento pre y post contractual es otro supuesto de no perentoriedad.

⁶⁰ Art. 76 del reglamento. Comp. FIORINI, *op. cit.*, t. II, p. 518, a quien critica CASSAGNE, *op. cit.*, p. 898, nota 10; *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 343, nota 11.

⁶¹ Ver COMADIRA, *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 59; *Procedimientos Administrativos...*, comentario al art. 1º, § 3.2.2.1, pp. 69-71; *Derecho Administrativo. Acto...*, *op. cit.*, cap. VII, § 1, pp. 199-201; BALBÍN, CARLOS F., *op. cit.*, t. II, cap. XIX, § V.4.7, pp. 694-698; DOCOBO, “El plazo de gracia...”, *op. cit.*, pp. 105 y ss., p. 108: “Una vez admitida, el trámite de la denuncia de ilegitimidad será igual al del recurso pertinente;” FIORINI, “Los recursos en la ley de procedimientos administrativos de la Nación,” *LL*, 147: 1.278, 1.283: “La denominación de denuncia de ilegitimidad distingue una forma de sanearse el recurso presentado fuera de plazo, pero una vez que ésto ha acontecido trátase de un recurso igual a los distintos que establece la ley;” *Derecho administrativo*, *op. cit.*, t. II, pp. 518-9.

⁶² FIORINI, “Los recursos...”, *op. cit.*, p. 1283; en contra HALPERÍN, *op. cit.*, p. 29. Ver CANOSA, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 155.

⁶³ Y es por cierto una prueba más que refuta la increíble tesis de que el procedimiento administrativo, y casi el derecho administrativo mismo, nacieron en la Argentina con ese decreto-ley, como expresa, con manifiesto desconocimiento de la etapa previa del derecho administrativo nacional CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 3-4.

No obstante lo expuesto, con cierta frecuencia la administración considera que es discrecional resolver el fondo de la denuncia de ilegitimidad y rechaza los recursos fuera de término con ese sólo fundamento.⁶⁴ En un caso tal vez extremo en que un funcionario letrado interpuso la denuncia de ilegitimidad en lenguaje inexacto y más de seis meses luego de dictado el acto y que la administración rechazó por la forma de manera expresa, la CSJN ha resuelto que el interesado perdió la vía judicial y que ello pudo declararse de oficio.⁶⁵ La CFCap, en voto dividido, ha resuelto en plenario adoptar el principio teórico sin —al parecer— sus limitaciones derivadas de los hechos del caso.⁶⁶ Si entendemos el concepto de perentoriedad en el sentido de que el decaimiento de los derechos dejados de usar en término se produce automáticamente, de pleno derecho, y que a la inversa cuando el término no es perentorio el decaimiento sólo se produce luego de acusada la rebeldía por la parte y dispuesto por resolución expresa dicho decaimiento, solamente podría intentar hablarse de perentoriedad en el caso comentado de los recursos interpuestos fuera de término, cuando la administración funde expresamente el rechazo en esa circunstancia.⁶⁷ En todos los demás casos siempre se trata de una facultad que la administración podrá ejercer, reuniendo al mismo tiempo la institución procesal del acuse de rebeldía como parte y de la decisión

⁶⁴ En sentido similar, MUÑOZ, *op. cit.*, p. 44; COMADIRA, *Procedimiento administrativo y denuncia...*, *op. cit.*, p. 80, quien posteriormente ha expresado: “la no revisibilidad judicial del acto que decide la denuncia, deriva, simplemente, del supuesto que lo habilita, esto es, de la extemporaneidad del recurso administrativo, y por tanto, de la extinción de la posibilidad de habilitar, en razón de dicha extemporaneidad, la instancia judicial.” *Derecho Administrativo. Acto...*, *op. cit.*, cap. VIII, § 6.2.1, p. 212; *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario al art. 1º, pp. 88-9. Claro está que dicha posición ha significado, siguiendo la posición de MARIENHOFF, la extinción de la denuncia de ilegitimidad como institución del procedimiento administrativo argentino, con grave efecto deletéreo par el principio de legalidad de la administración. Son soluciones a favor de la autoridad las que, sumadas, llevan al estado de cosas que es dable observar en nuestros días. Se lo observamos personalmente a nuestro querido amigo, cuando todavía las cosas no eran tan graves como lo son ahora.

⁶⁵ CSJN, *Gorordo, LL*, 1999-E, 186; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, “La habilitación de instancia judicial en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *RDA*, 27/29: 73; COMADIRA, “El caso «Gorordo» nueva jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de habilitación de instancia y revisión judicial de la denuncia de ilegitimidad,” en *Derecho Administrativo. Acto...*, *op. cit.*, cap. XVIII, p. 469 y ss.; REJTMAN FARAH, “Un importante giro jurisprudencial en la revisión de oficio de la llamada «habilitación de instancia»,” *LL*, 1999-E, 185; TORANZO, ALEJO, “Declaración de «oficio» de la caducidad de la acción contenciosoadministrativa. La Corte Suprema se aparta de sus antecedentes menguando su autoridad vertical,” *LL*, 1999-E, 757; MÁNTARAS, PABLO, “¿Corresponde verificar de oficio la habilitación de la instancia en el proceso contenciosoadministrativo?,” *LL*, 2000-C, 131 y su aguda remisión a TRIBIÑO en nota 16 y texto.

⁶⁶ *Romero, LL*, 1999-E, 140. Ver la nota anterior y *supra*, § 1.3, “La mutación normativa a través del tiempo” y notas 20 a 24, § 1.6, “La pérdida de todo derecho en quince días,” *infra*, § 2.3.2, “El caso del recurso fuera de término,” 2.3.6, “Conclusiones,” 14.1, “Primero haber empezado,” 14.2, “El premio de los que vigilan,” cap. IX, § 13, “El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial,” cap. IX, § 9.2, “Denegación expresa de un recurso de reconsideración interpuesto fuera de término.” *Supra*, cap. III.

⁶⁷ Los precedentes mentados son ominosos. Pretenden modificar el plazo de 90 días hábiles judiciales y transformarlo en uno de 15 días hábiles administrativos. Así es como se construye un derecho administrativo autoritario, un poder hegemónico y descontrolado. La doctrina y la jurisprudencia son responsables por igual de este resultado.

dando por decaído el derecho, como si fuera juez en el proceso; siendo una facultad que puede o no ejercerse y no tratándose entonces de una pérdida automática de derechos, es obvio que ya no se trata en caso alguno de perentoriedad. Veremos a continuación algunos de estos casos en que puede declararse el decaimiento de un derecho por no haberlo usado el particular en término.

2.3.3. “Caducidad de instancia” administrativa

La administración tiene la facultad pero no el deber de declarar la caducidad ante la inactividad del particular. A su vez dicha inactividad puede hacer procedente la caducidad siempre que ella sea exclusivamente determinante de que se paralice por su culpa el procedimiento, pues de lo contrario debería hacer lo necesario para proseguir con la instrucción de oficio del expediente. Por lo demás el particular no pierde ninguno de sus derechos y pruebas en las actuaciones producidas y el plazo que hubiere existido antes *empieza a contarse de nuevo* a partir de la declaración de caducidad en caso de llegar a declarársela.⁶⁸ No es tampoco, entonces, un supuesto de perentoriedad en el sentido procesal del vocablo.

2.3.4. Alegato

En cuanto al ejemplo del derecho a presentar el alegato, que puede darse por decaído conforme al art. 60 *in fine* de la reglamentación del decreto ley 19.549/72, cabe advertir que ello no empece a que el particular argumente sobre la prueba en cualquier momento, pues el art. 77 faculta, correctamente, a ampliar los fundamentos del recurso en cualquier tiempo hasta el momento de dictarse la resolución.⁶⁹ El supuesto “decaimiento” del derecho en el art. 60 del reglamento no es pues tal, ya que puede ser ejercido en cualquier momento en virtud de la norma del art. 77, que es la que se ajusta a los principios del decreto-ley (informalismo, etc.) y por lo tanto la que debe prevalecer.⁷⁰

2.3.5. Defectos formales del recurso

En todos los plazos administrativos es el propio régimen específico vigente de cada uno de ellos el que establece su carácter no perentorio;⁷¹ cuando en alguna otra ocasión el propio reglamento se ocupa en cambio de caracterizar como perentorio algún plazo,⁷² ello está en contradicción con el principio de carácter normativo

⁶⁸ *Infra*, § 11.2, “La remisión en el caso de caducidad de las actuaciones” y 12.3.6, “Efectos de la caducidad.” BALBÍN, *op. cit.*, t. II, cap. XIX, § IV.10, pp. 656-658.

⁶⁹ HALPERÍN, *op. ult. cit.*, p. 29, “de esa manera podría el administrado suplir el alegato,” p. 29; antes de la norma, ESCOLA, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 220-1; *Compendio...*, *op. cit.*, t. II, p. 1197.

⁷⁰ Conf. CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. II, *op. cit.*, p. 373. BALBÍN, *op. cit.*, t. II, cap. XIX, § IV.6.6, pp. 643-644.

⁷¹ Nos remitimos al análisis de HALPERÍN, *op. loc. cit.*

⁷² Así, el art. 77 *in fine* respecto de la corrección de defectos formales del recurso, que analiza HALPERÍN, *op. cit.*, p. 31.

superior del art. 1° del decreto-ley, que excluye la señalada perentoriedad. Es ilegal, pero si es posible, mejor es cuidarse y ajustarse a él.

2.3.6. Conclusiones

De lo expuesto surge que en el procedimiento administrativo y como regla, no necesariamente el transcurso de los términos implica la pérdida del derecho dejado de usar en tiempo. Es materia que permite soluciones razonables a quien quiera hallarlas.

Con ello concluimos que los plazos o términos no son perentorios en el sentido del derecho procesal, aunque dejamos siempre a salvo que la caducidad judicial de 90 días sí es irremisible y en ella los tribunales pueden exigir, impropiamente, que el agotamiento de la vía administrativa se haya efectuado mediante la interposición en término del *primer* recurso administrativo, o sea escasísimos 10 ó 15 días,⁷³ lo que es insignificante para la administración y por ende carente totalmente de sustento fáctico a las lapidarias y hetéromas conclusiones que se le quieren desproporcionadamente afirmar.

Esta nueva modalidad judicial de los últimos años ha venido de tal modo a endurecer exageradamente y sin motivo alguno el procedimiento administrativo y a pretender, de hecho, transformar el plazo de 90 días hábiles judiciales en uno de 15 días hábiles administrativos, tal como lo explicamos en el § 2.3.2 y sus referencias a los casos *Gorordo* y *Romero*.

Esperemos que una nueva reflexión del asunto, a partir del dictado del decreto 229/00, permita revertir tan grave como injusta decisión. De lo contrario se tornará verdad la ya recordada profecía crítica de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, que por irse de vacaciones alguien puede perder todo su patrimonio... Es el colmo de la inseguridad jurídica. Cabe desear que los tribunales abandonen este camino, aunque nada indica que lo harán *motu proprio* si la doctrina y la sociedad no hacen oír su voz en ese sentido.

2.4. ¿Obligatoriedad stricto sensu para los individuos?

Cabe cuestionar la regla de que los plazos son obligatorios para el particular,⁷⁴ pues ello no es absoluto a pesar de todo.

No puede aseverarse sin más, como artículo de fe, que transcurrido *cualquier* término de que se trate, si el particular no ha hecho uso de su derecho, lo pier-

⁷³ La reforma española ha mejorado pero no resuelto las cosas, por lo que la crítica doctrinaria se ve allí algo —apenas— atemperada: ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006, 12ª ed., 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, § III, 1, p. 624; t. II, Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006, 9ª ed., 1ª ed. argentina, también anotado, cap. XXIII, § I, 2, p. 529.

⁷⁴ Como expresamos más arriba, el art. 1º, inc. e) ap. 1º del decreto-ley nacional 19.549/72 parece contestar este interrogante por la afirmativa, al expresar sin distinción alguna que los plazos “serán obligatorios para los interesados y para la administración.”

de.⁷⁵ Pero el fantasma de perder la vía judicial si no se interpuso en término el recurso está siempre allí. Vaya uno a explicarle al cliente *Gorordo, Romero* y otros. No le creará, tal es el desafío al sentido común.⁷⁶

De las soluciones antes expuestas del derecho positivo surge, a nuestro modo de ver, que las propias normas vigentes contemplan los plazos o términos para los particulares como indicaciones de carácter orientador y ordenador para el trámite antes que como plazos imperativos, excepto ahora por imperio de *Gorordo* y *Romero* la impugnación del acto para agotar la vía administrativa previa a la judicial. Salvo esa harto sustancial excepción, los demás plazos no tienen la finalidad del derecho procesal de “concretar la preclusión de las diferentes fases del proceso” y a su vez la administración “no debe actuar como oponente en el proceso.”⁷⁷

Concluimos que el transcurso de los plazos: *a)* permite a la administración continuar con el procedimiento; *b)* impide en principio retrotraer etapas ya cumplidas, *c)* en cambio y con tales salvedades, no hace perder al particular sus derechos, salvo los casos en que expresa y fundadamente se disponga lo contrario, como es el caso de la impugnación para agotar la vía; *d)* no impide su prórroga, incluso retroactiva; *e)* tampoco puede ser esgrimido para impedir el cuestionamiento —que también interesa a la administración y al interés público que sirve— de la eventual ilegitimidad de sus actos. No es el deber de la administración controlar —como un litigante jurisdiccional— el cumplimiento por la contraparte de sus plazos, acusar negligencia, etc., sino como gestora que debe ser del interés público, es ella misma quien debe controlar que sus actos sean legítimos, los hayan cuestionado en plazo o no; lo mismo para las pruebas⁷⁸ y otros aspectos de procedimiento que dirigidos a probar la ilegitimidad de sus actos.

⁷⁵ Ver cap. III, § 1.2, “Carga del administrado y privilegio incausado de la administración. Valla-dar para el acceso a la justicia” y nota 13; en este cap. VIII, § 1.3, “La mutación normativa a través del tiempo,” 1.5, “La aplicación de los plazos de prescripción,” 14.1, “Primero, haber empezado,” 14.2, “El premio de los que vigilan;” cap. X, § 1.3, “La tendencia propuesta (¿o real?)” y 9.2, “Es una espada de Damocles.”

⁷⁶ La caducidad de las actuaciones es potencial y condicionada, como surge del decreto-ley, art. 1º, inc. e), ap. 8º, “La administración podrá dar por decaído el derecho dejado de usar dentro del plazo correspondiente [...] siempre que no se tratare del supuesto a que se refiere el apartado siguiente;” o sea, que la administración no tiene esta facultad en los procedimientos relativos a la previsión social (y por extensión salud, etc.) y aquellos en que aun sin serlo “deben continuar por sus particulares circunstancias o por estar comprometido el interés público.”

⁷⁷ CASSAGNE, “Los plazos en el procedimiento administrativo,” *op. cit.*, pp. 897-8; *Derecho Administrativo, op. cit.*, t. II, p. 343. Sin embargo este autor formula la regla general a la inversa, en el sentido de que en materia de plazos prima una suerte de obligatoriedad atenuada, o una obligatoriedad con “rigorismo procesal atenuado,” o como en sentido similar expresa HALPERÍN, *op. loc. cit.*, la regla es la obligatoriedad pero con importantes *excepciones y situaciones especiales* en que no funciona estrictamente de tal modo. Sea que la regla general sea formulada en el sentido de una obligatoriedad atenuada o con excepciones, o a la inversa como una regla de plazos meramente orientadores con algunas excepciones en que el plazo tiene mayor rigor, la cuestión es sólo de énfasis. Ver BALBÍN, *op. cit.*, t. II, cap. XIX, § IV.5, pp. 630-634.

⁷⁸ Ver *supra*, caps. VI y VII; t. 1, cap. I y sus referencias.

3. Días hábiles

3.1. Días corridos o hábiles

Según el art. 28 del CC “En los plazos que señalasen las leyes o los tribunales, o los decretos del gobierno, se comprenderán los días feriados, a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así.” Esa regla ha mutado con el correr del tiempo. Fueron cada vez más los decretos o leyes que aclararon que tales o cuales plazos administrativos se computaban en días hábiles, con lo que la regla ha sido prácticamente invertida.⁷⁹ El art. 1° inc. e) ap. 2°) del decreto-ley 19.549/72 dispone que los plazos “se contarán por días hábiles administrativos salvo disposición legal en contrario o habilitación resuelta de oficio o a petición de parte.” En forma similar resuelven las legislaciones provinciales.⁸⁰ ¿Qué decir de aquellas situaciones, no infrecuentes, en que por cualquier causa la administración tiene asueto a partir de medio día o media tarde?⁸¹ El término, desde luego, ha de considerarse prorrogado y no por otras tantas horas como fue el asueto, sino por el día hábil entero, cuando se trata de términos de días.⁸²

3.2. Días hábiles en la administración y en la justicia

Es de destacar que se trata de días hábiles *administrativos*, es decir, días en que trabaja la administración pública: la aclaración es conveniente pues cabe recordar que ciertos días de feria judicial (enero, Semana Santa) son hábiles para la administración pública y por lo tanto los términos siguen corriendo durante ellos; a la inversa, puede haber días de asueto administrativo que no lo hayan sido al mismo tiempo de la justicia. No se aplica al procedimiento administrativo la suspensión estival de plazos judiciales de los abogados.⁸³ A su vez, los plazos creados por las leyes para acudir a la justicia contra actos administrativos, pueden

⁷⁹ Para su evolución ver TAWIL, GUIDO S., “El cómputo de los plazos para recurrir y los días hábiles administrativos,” *LL*, 1986-E, 561, nota a *Parodi*, CNFed. CA, Sala IV, *LL*, 1986-E, 562.

⁸⁰ CABA, art. 22, inc. e), ap. 2°); Córdoba, 61; Corrientes, 12; Mendoza, 154; Salta, 152; La Pampa, 3° inc. b) del reglamento; Buenos Aires, 68, comentado en HUTCHINSON, *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 239. GRAU, ARMANDO EMILIO, “Los plazos en días en los contratos administrativos,” *RADA*, Buenos Aires, 1978, 19: 43-5, esp. p. 45, señala “que el principio general del derecho administrativo es que en los plazos en días se computan solamente los hábiles” y que “Como en la legislación administrativa existen normas sobre la cuestión, es absolutamente inaplicable el art. 28 del Código Civil.”

⁸¹ Caso usual, el día anterior al 25 y 31 de diciembre. También por causas de duelo nacional, especial festejo nacional, fuerza mayor que afecta a la administración pública, etc. Los feriados (faustos e infaustos) se han multiplicando en una verdadera consagración del ocio nacional

⁸² Conf. con esta solución ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, p. 264.

⁸³ VIRGA, *op. cit.*, p. 195. Si bien ello es así, en materia impositiva, aduanera y de la seguridad social se ha establecido una feria administrativa por la R.G. (AFIP) 1983 con las modif. R.G. (AFIP) 2078, disponiéndose que el ámbito de la AFIP “no se computarán respecto de los pazos procedimentales, los días hábiles administrativos comprendidos dentro de los siguientes períodos: a) Del 1 al 15 de enero de cada año, ambas fechas inclusive, y b) el período que fije esta Administración Federal, teniendo en consideración la feria judicial de invierno que se establezca cada año para el Poder Judicial de la Nación.”

según los casos contarse en días hábiles judiciales o administrativos. Así p. ej. el art. 25 del DL 19.549/72 (según DL 21.686/77) fija un plazo de 90 días hábiles *judiciales*. En cambio una ley provincial computa similar plazo en días hábiles *administrativos*.⁸⁴ Dado que a través de los años suelen producirse modificaciones y también la jurisprudencia en el pasado ha deparado alguna que otra sorpresa, la única regla segura para el particular es contar el plazo de todas las formas posibles y atenerse, en tanto sea posible, al menor. También conviene tomar nota de los feriados especiales que en determinadas ocasiones decretan los gobiernos, según ocasionales preferencias, pues con el transcurso del tiempo es cada vez más difícil encontrar quienes tengan memoria de ellos.⁸⁵

4. *Cómputo de los términos*

Los términos administrativos se deben contar a partir del primer día hábil siguiente a la notificación del acto.⁸⁶ La solución tradicional, si el día de la notificación es inhábil, ha sido computar el plazo desde ese primer día hábil siguiente al inhábil.⁸⁷ En otras palabras el día de la notificación no se computa en ningún caso: pero cada vez prevalece más el criterio de agregar un día adicional al cómputo, sobre la base de que la notificación debe hacerse en día hábil y al haber llegado en uno inhábil es el primero hábil siguiente el que hay que tomar como día de notificación.⁸⁸ Para determinar si ha sido presentado en término, es necesario distinguir la forma en que ha sido presentado, como veremos ahora.

4.1 *Escritos presentados en las oficinas administrativas*

Si se trata de un escrito presentado directamente en las oficinas administrativas, habrá que tener en cuenta en primer lugar el sello fechador; en ausencia u obli-

⁸⁴ Salta, art. 152. Más complejo aun es el problema de Mendoza.

⁸⁵ Como recuerda BACACORZO, *Ley...*, *op. cit.*, p.123, comentario al art. 50, con los días feriados o no laborables hay que tener cuidado. Además de los generales, hay días festivos para profesiones y ocupaciones, para instituciones y dependencias públicas y hasta para regímenes y localidades cuyo olvido puede generar errores. Razón ésta, además, para que la administración no mire formalmente los plazos impuestos a los particulares para recurrir. También desconciertan a algunos intérpretes los distintos pronunciamientos de la Corte en materia de plazo de gracia: AMBROSINO, MARÍA SILVANA, "Un plazo sin gracia," *LL, SA*, septiembre de 2006, p. 57.

⁸⁶ CC, art. 24; DL 19.549/72, 1º, inc. e), ap. 3º; Buenos Aires, 68; Corrientes, 14, inc. b); Chaco, 51; Mendoza, 154; Salta, 152. Comp. Córdoba, 67 y 68. Ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común – Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, t. I, Madrid, Civitas, 1997, p. 872 y ss.

⁸⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, 2ª ed., pp. 86-7; *Comentarios a la ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 1991, p. 488; *Manual de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, 1ª ed., p. 210 y 2002, 2ª ed., p. 216.

⁸⁸ GAMBIER, BELTRÁN y HALPERIN, DAVID ANDRÉS, *La notificación en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 58 y ss. (quienes analizan *Parodi, LL*, 1986-E, 562); TAWIL, *op. cit.*, p. 563 y ss., esp. p. 564; HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 12: "Debe tenerse por operada la notificación en el siguiente día hábil;" ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 117; Tribunal Fiscal de la Nación, *DJ*, 2000-2, 590, nota 2 y *DF*, XIX: 576; CANOSA, "Los recursos," *op. cit.*, p. 103.

teración de éste y no habiendo otra prueba indiciaria, deberá estarse a la fecha enunciada en el recurso⁸⁹ y si éste no la tuviera, considerarlo como presentado en término, por el ya mencionado principio de que en la duda procesal debe estarse a favor del administrado.⁹⁰

4.2. *Escritos presentados por carta*

Tratándose de un escrito enviado por cualquier medio postal (carta, carta documento, telegrama), debe tomarse la fecha de emisión y no la de recepción; tal fecha, es en su caso, la de entrega al correo.⁹¹ Se considera en término la presentación hecha hasta la medianoche del último día.⁹² No habiéndose agregado el sobre al expediente, o no pudiéndose leer en él la fecha del sello de correos, debe procederse de igual manera: tomar la fecha de la carta y en su defecto considerar que el recurso está presentado en término.⁹³ La presentación válida de escritos al correo la admitió primero la práctica y luego la norma. El art. 25 ha permitido mejorar este sistema, al establecer la obligación de los agentes postales de sellar el escrito que les sea exhibido en sobre abierto para ser despachado por expreso o certificado, y una copia para constancia del interesado; sin perjuicio de ello, las oficinas administrativas a las cuales llegan escritos por correo tienen también la obligación de guardar el sobre en el cual ha llegado el escrito, y agregarlo a las actuaciones juntamente con su contenido.⁹⁴

4.3. *Telegramas*

En los recursos enviados por telegrama, la fecha es también la de emisión.⁹⁵

4.4. *Escribano público*

Desde luego, también es admisible la presentación ante escribano público, en cuyo caso se tomará como fecha aquella en que se haya labrado el acta notarial, encargándose el escribano de su ulterior entrega a la administración.

⁸⁹ *Dictámenes*, 71: 137 bis; regl. nacional, 25; CABA, 45; Prov. de Buenos Aires, 69; Chaco, art. 52.

⁹⁰ Reglamento nacional, art. 25; CABA, 45; Prov. de Buenos Aires, 69; Chaco, 52; Mendoza, 132. La Pampa, art. 27, no contiene la expresa aclaración que sí tiene el reglamento nacional, pero entendemos que la solución es la misma por aplicación de los principios generales del procedimiento.

⁹¹ R.N., art. 25; CABA, 45; Prov. de Buenos Aires, 70 *in fine*, Corrientes, 260, Mendoza 132, Salta, 128. PTN, *Dictámenes*, 74: 109: "Para facilitar su verificación conviene impartir instrucciones al personal encargado de la recepción en el sentido de agregar los respectivos sobres al expediente, cuidando de no dañar los sellos fechadores." Ver el caso particular de la Provincia de Buenos Aires que en su art. 70, distingue su escrito inicial de otros en cuanto al medio utilizado para su presentación y la fecha de recepción que se le adjudica: BOTASSI, CARLOS, *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, pp. 242-3.

⁹² GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, op. cit., p. 84, 89; *Comentarios...*, op. cit., p. 519. GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Madrid, 1953, pp. 128-9.

⁹³ RN, art. 25; Ciudad de Buenos Aires, 45; Corrientes, 260; Mendoza, 132; Salta, 128.

⁹⁴ Reglamento nacional, art. 25; Ciudad de Buenos Aires, 45; Corrientes, 260.

⁹⁵ RN, art. 25; CABA, 45; Prov. Buenos Aires, 70 *in fine*; Corrientes, 260; Mendoza, 132; Salta, 128.

4.5. *Primeras horas del día siguiente*

A veces la legislación admite la presentación del escrito dentro de las dos primeras horas de atención al público del primer día hábil siguiente a aquel en que venció el término.⁹⁶ Otro supuesto diferente es la presentación con certificación notarial que el escrito fue recepcionado el día hábil anterior, fuera del horario de oficina, dentro del plazo que vencía a la medianoche de ese día; eso no requiere norma expresa. En el caso que ahora analizamos, en cambio, el escrito lo presenta el interesado o su representante sin certificación de escribano público y como un escrito corriente. A veces es la jurisprudencia la que ha promovido esta interpretación, p. ej. la CSJN. En función de la remisión supletoria que el reglamento nacional de procedimiento realiza a las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ella entendió aplicable el art. 124 de este cuerpo legal que admite la presentación válida del escrito en las dos primeras horas del día siguiente al del vencimiento del plazo.⁹⁷ Atento que el día corre hasta la medianoche, pero la administración no atiende al público durante las veinticuatro horas, la reforma del reglamento del decreto-ley 19.549/72 modificó el art. 25 admitiendo que los interesados presenten escritos en las dos primeras horas hábiles del siguiente día. Si bien este criterio no es todavía uniforme en las provincias con igual situación procedimental,⁹⁸ algunas ya lo admiten expresamente.⁹⁹

5. *Aplicación analógica de los términos*

Los términos que limitan temporalmente la facultad de impugnar actos administrativos constituyen una limitación al pertinente derecho del particular y por

⁹⁶ Entre Ríos, art. 19: “Cuando después de cerradas las oficinas administrativas se desee presentar un escrito, para estar dentro del día del término, podrá hacerse su presentación al día siguiente, dentro de las dos primeras horas de atención al público;” CABA, art. 45: “El escrito no presentado dentro del horario administrativo del día en que venciere el plazo, sólo podrá ser entregado válidamente, en la oficina que corresponda, el día hábil inmediato y dentro de las dos (2) primeras horas del horario de atención de dicha oficina;” Prov. Buenos Aires, art. 69 del decreto-ley 7647/70, modificado por ley 13.262: “El escrito no presentado dentro del horario administrativo del día en que venciere el plazo, podrá ser entregado válidamente el día hábil inmediato y dentro de las dos primeras horas del horario de atención.”

⁹⁷ CSJN, *Fundación Universidad de Belgrano*, Fallos, 300-2: 1070, 1978 y *ED*, 80: 630, con nota de BIDART CAMPOS, GERMAN J.; PEARSON, MARCELO M., “Aplicación del plazo de gracia del art. 124 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación al procedimiento administrativo nacional,” *RAP*, 7, Buenos Aires, 1979; DOCOBO, “El plazo de gracia...,” *op. cit.*, p. 105 y ss.; BOTASSI, *Procedimiento...*, *op. cit.*, p. 241; CASSAGNE, “Los plazos...,” *op. cit.*, p. 899; *Derecho...*, *op. cit.*, t. II, p. 344 y ss. Quien primero señaló la aplicación del art. 124 del CPCCN fue FIORINI, t. II, *op. cit.*, p. 522. En visión estricta que no compartimos, AMBROSINO, “Un plazo sin gracia,” *op. cit.*, p. 57.

⁹⁸ O sea, que no prevén expresamente la presentación en las primeras horas hábiles del día siguiente como sí lo hacen Corrientes, Mendoza y Salta que pese a tener una remisión al código procesal local todavía no han concluido en aplicar también de modo supletorio esta institución procesal. De uno de estos casos da cuenta PEARSON, *op. cit.*, p. 29.

⁹⁹ Corrientes, art. 18; Buenos Aires, art. 69, 2º párrafo. Respecto del plazo de gracia en la provincia de Buenos Aires ver OROZ, MIGUEL H. E., “El plazo de gracia en el procedimiento administrativo bonaerense y su consagración legislativa,” *LL*, 2005-C, 1214.

lo tanto deben ser interpretados restrictivamente; en especial, es improcedente aplicar por analogía dichos términos cuando una norma positiva no los establece expresamente para un caso concreto.¹⁰⁰

Así fue resuelto en relación al art. 88 del reglamento nacional, referente al “pedido de parte” para que las actuaciones del recurso jerárquico en subsidio sean elevadas: esa norma “no establece el plazo dentro del cual el recurrente debe formular el aludido «pedido de parte»,” y de pretender aplicársele el plazo genérico de diez días del art. 1º, inc. e), ap. 4º) del decreto-ley 19.549/72, se habría violentado el principio del art. 1º inc. a) del mismo decreto-ley.¹⁰¹ Nada impide la aplicación analógica de los términos cuando se trata de plazos de denegación tácita de recursos,¹⁰² que permita en consecuencia abrir nuevas vías de recurso al particular afectado por el silencio administrativo. Sin embargo, esta aplicación analógica no se realiza siempre en la práctica administrativa.

6. Inaplicabilidad de los términos

6.1. No se computan respecto de los actos nulos o inexistentes

¿Se computan los términos en caso de tratarse de la impugnación de un acto nulo (o “nulo de nulidad absoluta,” en otra terminología)? GARRIDO FALLA sostiene que “Transcurrido el plazo el acto administrativo deviene firme y únicamente las causas de nulidad absoluta podrían dar lugar a revisión.”¹⁰³ En la práctica administrativa argentina también se ha sostenido que cuando el acto está viciado de “nulidad absoluta” no corren los términos de impugnación;¹⁰⁴ igual solución es aplicable al caso de inexistencia de acto. Sin embargo, esta solución no es normalmente aplicable al ámbito judicial, que cuenta el plazo del art. 25 tanto para el acto anulable como nulo, salvo pocos supuestos de excepción.¹⁰⁵ Para más y como ya explicamos reiteradamente, en nuestra jurisprudencia actual se corre incluso el riesgo de perder la vía judicial.¹⁰⁶ Este es uno de los temas en que

¹⁰⁰ LINARES, JUAN FRANCISCO, “Términos para recurrir a la justicia administrativa fijados por analogía,” *LL*, 54: 776; MARIENHOFF, *op. cit.*, 5ª ed., p. 706. En contra BREWER CARÍAS, ALLAN R., “Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana,” Caracas, UCV, 1964, pp. 251-3.

¹⁰¹ PTN, *Dictámenes*, 143: 350, 352.

¹⁰² Así p. ej. BIELSA, RAFAEL, *El recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1958, pp. 116-7; *Estudios de Derecho Público*, t. I, 2ª ed., § 14, pp. 373-406.

¹⁰³ GARRIDO FALLA, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 295.

¹⁰⁴ *Dictámenes*, 83: 115. Ver *supra*, t. 3, cap. XI, § 11, “La inexistencia de acto administrativo; vías de hecho de la administración. Los actos carentes de virtualidad jurídica para modificar la situación jurídica de las partes.”

¹⁰⁵ Sala V, *Nóbile*, *LL*, 1997-C, 831, respecto a un decreto de necesidad y urgencia, aunque de carácter general. El reglamento, en efecto, no está sujeto al plazo del art. 25 ni ningún otro.

¹⁰⁶ *Supra*, cap III, § 18.3, “El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa,” en este cap. VIII, § 2.3.2, “El caso del recurso fuera de término,” 2.3.6, “Conclusiones,” 14.1, “Primero, haber empezado,” 14.2, “El premio de los que vigilan,” cap. IX, § 13, “El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial,” cap. X, § 1.3, “La tendencia propuesta (¿o real?),” y 9.2, “Es una espada de Damocles,” cap XI, § 5.2, “Elección de la vía judicial.”

existe ocasionalmente un abismo entre el acceso eficaz a una instancia judicial y la inveterada práctica tribunalicia.

6.2 *No se computan respecto de los reglamentos*

El acto general puede ser impugnado sin límite temporal alguno. Es la solución que, felizmente, se ha impuesto en nuestro derecho.

6.3 *No se computa si no hay notificación válida*

El principal requisito de validez de la notificación es la transcripción íntegra del acto y en particular la explicitación de cuáles recursos pueden interponerse, sus plazos, etc. Ello no es materia pasible de ser resuelta por una notificación ficta, como con acierto destacan REVIDATTI y SASSÓN.¹⁰⁷

7. *Suspensión, interrupción, remisión*

Debe distinguirse la suspensión, interrupción y remisión de los términos. Existe suspensión cuando el término cesa de operar pero puede continuar corriendo a partir del cese de la suspensión. En la interrupción del término, éste ha quedado en forma definitiva impedido de seguir operando, por haberse ejercitado el derecho a que el término se refería. En la remisión, el término se reinicia o vuelve a nacer a partir de determinado momento, teniéndose por no operado el transcurso que pudiera haber existido anteriormente de todo o parte del plazo. Los términos se *suspenden* por el pedido de vista por causales de fuerza mayor o por voluntad de la administración; se *interrumpen* por la interposición de los recursos administrativos o por la simple manifestación de voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración y por la notificación que el particular efectúa, en disconformidad, de un acto administrativo. Los términos se *remiten* por haberse operado la caducidad de las actuaciones, o por haberse tramitado un reclamo administrativo previo hasta su decisión, por haberse intentado erróneamente acciones o recursos improcedentes.

8. *Suspensión de los términos por pedido de vista de las actuaciones*

8.1. *Efecto suspensivo ex-lege en el orden nacional*

A partir del decreto 3.700/77 el pedido de vista suspende por sí, de pleno derecho, el curso de los términos.¹⁰⁸ Según dicha reforma, “La mera presentación de un pedido de vista, suspende el curso de los plazos, sin perjuicio de la suspensión que

¹⁰⁷ REVIDATTI, GUSTAVO A. y SASSÓN, JOSÉ, *Procedimiento administrativo en la Provincia de Corrientes. Ley 3460 comentada*, Corrientes, Cicero, 1987, p. 143: “En ningún caso se admite notificación ficta respecto de los recursos disponibles, ni tampoco se supone conocida la ley que los prevé.”

¹⁰⁸ Art. 76 del decreto 1759/72.

cause el otorgamiento de la vista.” Anteriormente primaba la opinión contraria.¹⁰⁹ A dicho efecto suspensivo cabe también agregar el plazo que se conceda para la vista, que tendrá igualmente efecto suspensivo.¹¹⁰

8.2. *Efecto no suspensivo en algunas provincias. Conveniencia de interponer el recurso*

En algunas de las provincias argentinas el punto no suele estar expresamente resuelto en el sentido que indicamos, aunque no dudamos que la solución expresada habrá finalmente de imponerse. Mientras ello no ocurra, será prudente para los administrados manejarse con el supuesto de que el pedido de vista no suspende ni interrumpe los términos. Por ello, en caso de que irregularmente se dificulte el acceso al expediente no obstante habérsele notificado al interesado de un acto que lo afecta, será necesario dejar planteado en término el recurso, manifestando en forma clara y terminante la voluntad de recurrir, pero reservándose para más adelante, después de haber visto el expediente, la adecuada fundamentación de aquél. Es indispensable transmitir la clara voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración. En otras palabras, si el particular se ve notificado de un acto, no ha de limitarse a pedir por escrito vista de las actuaciones. Debe en primer lugar, para salvaguardar su derecho, dejar ya impugnado el acto diciendo expresamente que recurre de él y solicita un nuevo pronunciamiento de la administración. En realidad es la regla que conviene seguir siempre. En este caso no habrá problemas en cuanto al término, pues él se encuentra de tal manera interrumpido (y no meramente suspendido) por la interposición ya hecha del recurso. En consecuencia, una vez obtenida la vista, se ampliarán en cualquier momento los fundamentos, sin limitación temporal alguna en tanto el recurso no haya sido resuelto en forma definitiva en sede administrativa.

8.3. *Efecto suspensivo por interpretación*

Ahora bien, si el individuo por desconocimiento del carácter no suspensivo de los términos que en tales provincias se acuerda al pedido de vista de las actuaciones, pidiera solamente dicha vista sin interponer simultáneamente el recurso, ¿habrá de considerarse perdido el recurso?

Va de suyo que este problema sólo surgirá cuando el principio imperante haya sido establecido por la práctica administrativa del modo indicado, lo que es reprochable. Pero en la medida en que él exista, sus consecuencias difieren a nuestro juicio según cuál sea la situación de que se trate. Es decir, aun estando

¹⁰⁹ P. ej. PTN, *Dictámenes*, 71: 280 y otros. El tema había merecido críticas nuestras, *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Macchi, 1971, 2ª ed., p. 380 y de ESCOLA, HECTOR J., *Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos*, op. cit., p. 285; *Compendio*, op. cit., t. II, p. 1193. Ampliar *supra*, cap. IV, § 8.2, “Suspensión de los términos.”

¹¹⁰ Nos remitimos a lo desarrollado en el cap. IV, § 8.2 y 8.3, “Caso de denegación de la vista.”

establecido el criterio indicado, que por cierto no compartimos, su alcance debe ser precisado a algunos supuestos determinados.¹¹¹ Debemos a nuestro juicio distinguir tres casos diferentes que pueden plantearse:

8.3.1. *Pedido superfluo de vista*

Puede ocurrir que el interesado, pudiendo obtener acceso al expediente en forma directa e informal, quiera no obstante hacer una presentación escrita y formal para que se le dé vista: en este caso, obviamente el principio es adecuado, por cuanto hay negligencia de parte del administrado en iniciar un expediente innecesario. Aquí es de correcta aplicación el fundamento dado en la práctica para establecer el citado principio: que aceptar lo contrario implicaría supeditar el transcurso de los términos a la voluntad exclusiva de las partes; si éstas, a pesar de tener acceso al expediente, piden vista innecesariamente, no hay razón por la cual ese pedido superfluo deba suspender o interrumpir los términos.

8.3.2. *Vista informal denegada*

En cambio, si el pedido escrito se hace porque se ha negado personalmente vista del expediente al interesado (lo que debe ser *expresamente alegado* por éste en su escrito), entonces la solución debe ser distinta. En este caso, el escrito constituye la interposición de un recurso de queja por el hecho irregular cometido en la tramitación, que impide el regular ejercicio por parte del interesado de su derecho a tener un “leal conocimiento” del expediente. Analizar si corresponde declarar o no la suspensión del término para recurrir *no puede decidirse sin antes analizar el hecho ilícito denunciado mediante la queja*. Debe estudiarse primero si la queja era fundada. Si lo era, corresponderá declarar que el término respectivo estuvo suspendido hasta tanto el particular tuviera acceso a las actuaciones respectivas. Ello sin perjuicio de las sanciones administrativas que fueren pertinentes para el agente autor del hecho ilícito. Si, en cambio, la queja era infundada (o si fue interpuesta ella misma luego de transcurrido el término para recurrir, sea cual fuere el recurso de que se tratase), existe el riesgo de que le resuelvan que el término del caso no se suspendió ni interrumpió. En ese caso hipotético ocurrirá que si no interpuso en su oportunidad el respectivo recurso de revocatoria o jerárquico, perdió el derecho a hacerlo.¹¹² Por ello lo más seguro para el particular es dejar siempre, en el menor plazo posible, expresada la voluntad de recurrir el acto de que se trata y por ende de tener un nuevo y distinto pronunciamiento de la administración sobre el fondo de la cuestión.

¹¹¹ Comp. ESCOLA, *Tratado...*, op. cit., p. 285; *Compendio...*, op. cit., t. II, p. 1193, quien no comparte las distinciones que efectuamos y considera en cambio que siempre el pedido de vista de las actuaciones debe suspender el término para recurrir.

¹¹² Salvo que se morigere el procedimiento, teniendo en cuenta la aberrante e inconstitucional pérdida de acceso a la vía judicial que ahora se estila en parte de la jurisprudencia. Ver *supra*, § 2.3, “No perentoriedad.”

8.3.3. *Caso de reserva*

Por último, si la negativa a permitirle consultar todo o parte del expediente se debe a una disposición que declare reservadas esas actuaciones,¹¹³ el pedido de vista puede fundarse en: a) que se ha negado acceso a piezas no previstas en la resolución superior; b) que la resolución es ilegítima o inconstitucional. En tales hipótesis, al haber más complejidad en la cuestión que en el caso anterior (en que sólo se trataba de determinar si se había negado o no acceso al expediente), pareciera impropio hacer una distinción de acuerdo con el resultado del recurso. Por lo tanto consideramos que sea cual fuere el resultado del pedido de vista, queda suspendido durante su tramitación el término para recurrir de la decisión originaria.¹¹⁴ Debe tenerse presente que esta solución no causa perjuicio a la administración, porque lo que se suspende no es la resolución recurrida, sino el término para recurrir de ella; o sea, que la administración puede ejecutar el acto de que se trate, sin perjuicio de revisar posteriormente su legitimidad si más adelante, una vez que el particular ha tenido vista del expediente, lo cuestiona fundadamente.

9. *Otros casos de suspensión*

9.1. *Suspensión espontánea de los términos por la administración*

Con prescindencia del criterio que se adopte sobre el problema jurídico mencionado, es de señalar que de todos modos la administración tiene facultades para declarar suspendido el término, hasta tanto se cumpla tal o cual condición. Siendo que las formalidades de procedimiento pueden ser salvadas en beneficio del administrado, nada obsta a que, si alguna razón lo justifica (y un ejemplo de tal tipo de razón puede ser que se esté discutiendo una calificación de “reservado” o de “secreto”), decida unilateralmente y con prescindencia de la cuestión comentada, suspender provisionalmente los términos en cuestión. Piénsese que es sólo en el momento en que se toma completa vista del expediente, cuando se está en condiciones de valorar todas las facetas del acto originario, y de considerar si corresponde recurrirlo o consentirlo. Esta solución no es perjudicial para la administración, pues como ya decimos en el texto, la suspensión, interrupción o incluso reapertura del término para recurrir el acto no implica de por sí la

¹¹³ Hacemos notar que una tal disposición sólo puede ser adoptada, en principio, por un funcionario con jerarquía no inferior a subsecretario o cargo equivalente, *supra*, cap. IV, “Vistas y traslados,” § 10, “Órgano competente.” A su vez, en el Seminario de Naciones Unidas celebrado en Ceilán en mayo de 1959, se consideró que “sólo un Ministro” podría “declarar que un documento determinado no podría ser exhibido” (*Informe*, p. 2; Documento de Trabajo n° 3, NACIONES UNIDAS, *Seminario sobre los recursos judiciales o de otra índole, contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder administrativo*, Buenos Aires, 1959.)

¹¹⁴ Lo más acorde con el criterio de que no rige en el trámite administrativo el rigorismo del derecho procesal es decidir que, resuelto el recurso en el que se pidió la revocación de la calificación de “reservado” se abran nuevamente los términos para recurrir del acto originario.

suspensión *de la ejecutividad del acto*. La administración puede pues ejecutar el acto sin perjuicio de reconsiderar su legitimidad ante el eventual planteo de recursos nuevos.

9.2. *Suspensión por causa de fuerza mayor*

También cabe admitir, a nuestro juicio, la suspensión de los términos cuando se aleguen y prueben causales de fuerza mayor que puedan haber justificado razonablemente la imposibilidad de interponer el recurso en término. Tratándose de causas de fuerza mayor que impidan recurrir en término, va de suyo que su alegación forzosamente se puede realizar recién una vez terminada la imposibilidad, por lo que la alegación de la suspensión casi siempre se presentará una vez vencido el término para recurrir. Así el art. 330 de nuestro Proyecto: “Los términos pueden también ser suspendidos cuando mediaren razones de fuerza mayor, por el lapso en que éstas se prolongaren. La fuerza mayor puede ser alegada antes o después de la expiración formal del término.”

10. *Interrupción de los términos*

La interrupción del término se produce por la interposición del recurso; incidentalmente, es de recordar que en algunos ordenamientos¹¹⁵ si no se ha obtenido vista de las actuaciones conviene presentar el recurso al sólo efecto de interrumpir el término (para obviar toda dificultad), reservándose la fundamentación para luego de conocer el expediente. Según ya dijimos también, aunque el recurso haya sido mal calificado o tenga defectos formales, es igualmente apto para interrumpir el término.

10.1. *Recurso presentado ante autoridad incompetente*

En lo que hace a los recursos presentados ante autoridad incompetente, las soluciones han sido variadas. Se ha entendido en algunos casos que “su interposición ante autoridad incompetente, por un error excusable, tiene efectos suspensivos del término, que no comienza a correr sino a partir de la fecha de la notificación de la resolución desestimatoria que se dicte por el motivo apuntado.”¹¹⁶ Pero esta solución es híbrida, ya que no supone estrictamente una *suspensión* del término, por cuanto a partir de la resolución denegatoria del recurso por incompetencia, no corren sólo los días restantes de los existentes al momento de presentar el primer recurso,¹¹⁷ sino que se admite que corre un nuevo término. Tampoco constituye una *interrupción* del término, por la señalada razón de que es necesario reiterar el

¹¹⁵ No el RN: *supra*, § 8, “Suspensión de los términos por pedido de vista de las actuaciones.”

¹¹⁶ PTN, *Dictámenes*, 59: 158.

¹¹⁷ Admiten el carácter suspensivo del recurso presentado ante funcionario incompetente ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, 1958; VILLAR Y ROMERO, JOSÉ, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1944, 1ª ed., p. 127.

recurso dentro del término de que se trate, contado a partir de la última decisión. Ello carece de sentido ya que esta última decisión denegatoria se refiere a una cuestión procesal y no renueva el problema de fondo ni afecta por lo tanto, en ese sentido, los derechos del recurrente. Más lógico es en cambio atribuir al recurso originario presentado ante funcionario incompetente el carácter interruptivo del término, sin que sea necesario replantearlo una vez establecida la incompetencia del órgano ante el cual fuera presentado y debiendo éste enviar el recurso al organismo competente para que él se aboque directamente al recurso.¹¹⁸

Pero nuevamente aquí la CSJN ha dado una interpretación adversa a los derechos del recurrente, bien que, en el caso, justificada por las propias manifestaciones de la parte.¹¹⁹ Sea como fuere, la llamada “doctrina”¹²⁰ del fallo seguramente será tomada en el sentido que un escrito presentado ante autoridad incompetente no interrumpe al menos el curso de la prescripción.

10.2. *La voluntad de recurrir como requisito de la interrupción*

Como observación general debe advertirse que no se trata de dar el carácter de recurso a todo escrito presentado por el interesado, sino de interpretar con “benignidad” y en su favor, la intención que del escrito se desprende. El principio es que “los recursos administrativos han de interpretarse, no de acuerdo a la letra de los escritos, sino conforme a la intención del recurrente, inclusive cuando éste los haya calificado erróneamente, usando términos técnicos inexactos. Basta que, durante el plazo reglamentario, haya expresado su voluntad de “obtener un nuevo pronunciamiento.”¹²¹ Por ello, “si bien el rigorismo procesal no tiene razón de ser en el procedimiento administrativo, esto es que pueden tener valor ciertas manifestaciones de voluntad desprovistas de formulismos, sean legales o consagrados por las prácticas administrativas, *también es exacto que tales manifestaciones deben traducir una clara y cierta voluntad de la interposición del recurso, circunstancia que no se descubre a través de las expresiones* de la nota de fs. [...];”¹²² por tales razones no pueden interrumpir el término meras “reservas” de derechos tales como: “Me reservo el derecho de ejercer las acciones judiciales

¹¹⁸ PTN, *Dictámenes*, 71: 89; 72: 18; HEREDIA, HORACIO H., “Los medios administrativos para la protección de los administrados,” *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 2: 265, año 1945. Resultaría aplicable analógicamente el principio de que la acción, aunque fuese presentada ante magistrado incompetente, interrumpe el curso de la prescripción.

¹¹⁹ CSJN, *Compañía Azucarera Concepción S.A., LL*, 1999-E, 217. Ver las salvedades que formulamos *infra*, § 11.1, “En general.”

¹²⁰ Ver *supra*, t. 1, cap. VII, § 18.4, “La seudo doctrina de algunos fallos.”

¹²¹ *Dictámenes*, 68: 222; 65: 45; 76: 82; etc. La bastardilla es nuestra. En contra, TORRES, ISMAEL F., “La firma en disconformidad en el ámbito de la Ley N° 19.549 y su reglamentación ¿importa la interposición de un recurso?,” *RAP*, 266: 17. Siempre hay doctrina contraria a los derechos de los individuos, generalmente expuesta desde el ámbito de la administración pública, sin advertir que todo ella lleva a un sistema autoritario y hegemónico, contrario a nuestra Constitución nacional y al Estado de Derecho, que luego tenemos que padecer todos, administrados y administradores.

¹²² *Dictámenes*, 57: 120; la bastardilla es nuestra.

y administrativas pertinentes,” siendo necesario entonces manifestar la voluntad *actual* de recurrir, en el mismo acto.

10.3. *Interrupción por recurso o acción judicial*

El término también puede interrumpirse, a nuestro juicio, por la presentación directamente ante la justicia de un recurso o acción judicial contra el acto, ya que es allí manifiesta la voluntad del individuo de impugnar el acto; en tales casos parécenos posible impugnar posteriormente en vía administrativa el acto atacado sin éxito ante la justicia.¹²³ Distintas hipótesis pueden presentarse en este aspecto: que se haya interpuesto una acción de amparo; que se trate de casos en que la ley concede directamente un término para accionar judicialmente contra un acto administrativo, p.ej. en los llamados “recursos de apelación” contra actos administrativos ante una Cámara de Apelaciones;¹²⁴ que el individuo haya demandado directamente al Estado, por no ser necesario interponer el previo reclamo administrativo, p. ej. que se trate de un interdicto, juicio de despojo, etc.¹²⁵ En estas diversas situaciones, el rechazo de la demanda o recurso por razones formales (que el acto impugnado por la acción de amparo no tuviera ilegitimidad manifiesta como para hacer procedente ese tipo de recurso; que el recurso se interpuso fuera de término; que no era procedente por no haber derecho subjetivo del recurrente, aunque tuviera interés legítimo; por no ser competente el tribunal, etc.), habilita nuevamente la instancia administrativa,¹²⁶ debiendo considerarse la fecha de la acción o recurso judicial como interruptiva del término que a su vez pudiera haber existido para recurrir administrativamente. Si el fracaso de la acción judicial se debe a otros motivos, de todos modos el término *administrativo* ha de considerarse interrumpido por la clara voluntad del particular de efectuar una impugnación tendiente a su revisión, pero puede en cambio ser discutible si puede reabrirse la discusión en sede administrativa. Por último, si se han dejado transcurrir 90 días y con ello se ha perdido la vía judicial, parece improbable que pueda reabrirse la discusión administrativa,¹²⁷ aunque nada le impide intentar la denuncia de ilegitimidad, en la que estará ya pidiendo gracia o súplica.

¹²³ Ver ZANOBINI, *op. cit.*, p. 69. La jurisprudencia italiana se pronuncia en el sentido de que si el particular interpone el recurso jurisdiccional creyendo, por un error excusable, definitivo el procedimiento administrativo, puede concedérsele un nuevo plazo, a partir del rechazo del recurso jurisdiccional, para interponer el recurso administrativo: LESSONA, *La giustizia amministrativa*, Bologna, 1955, p. 27.

¹²⁴ Hemos analizado su naturaleza de “acción” y no de “recurso” en el t. 1, cap. IX, § 13, “Recurso” o «acción» judicial y facultades jurisdiccionales de la administración.”

¹²⁵ Comparten este criterio HALPERÍN, DAVID y CATTANI, HORACIO R., “Procedimiento administrativo,” *Régimen de la Administración Pública*, 6: 13 (Buenos Aires); CASSAGNE, “Los plazos en el procedimiento administrativo,” *op. cit.*, p. 901; *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 348.

¹²⁶ Respecto a la “opción” por la vía judicial o administrativa en el caso de los entes descentralizados, véase *infra*, cap. XI, § 5, “Elección de la vía judicial o administrativa” y ss.

¹²⁷ ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 90.

11. *La remisión de los términos*

11.1. *En general*

En el derecho italiano se admite que si el particular incurre en error excusable acerca del carácter definitivo o no de un acto, a efectos de su impugnación anticipada o tardía, puede hacerse una remisión de los términos transcurridos, a fin de asignar un nuevo término al recurrente para la interposición del recurso.¹²⁸ La admisión del error excusable importa también una suerte de convalidación o confirmación de la tardanza con que se haya presentado el recurso.¹²⁹ El error excusable puede derivar no sólo de la poca claridad y organicidad de las normas que regulan el procedimiento y su ambigüedad, sino también del propio “comportamiento desordenado de la administración;”¹³⁰ también, sin duda, puede derivar de la disparidad de opiniones doctrinarias que a veces existe sobre qué es y cuándo se produce un acto administrativo impugnabile.¹³¹

Va de suyo que si no hay error excusable sino comportamiento deliberado, expreso y consciente de la parte, que además así lo confiesa, la presentación ante órgano incompetente debe ser desechada al efecto de interrumpir p. ej. el plazo de la prescripción.¹³² Es la misma solución del derecho italiano. De presentarse alguna de esas situaciones poco claras en que la disparidad doctrinaria, la ausencia o confusión de la legislación,¹³³ el desorden del procedimiento, etc., pueden hacer incurrir en error excusable al recurrente sobre a partir de qué momento comienzan a correr los términos, debe admitirse su remisión con el alcance de dar por bien interpuestos los recursos. No se puede “negar justicia a quien, de buena fe, la ha invocado,” con su “precisa manifestación de voluntad, que mejor no sabía encaminar.”¹³⁴

11.2. *La remisión en el caso de caducidad de las actuaciones*¹³⁵

Conforme al art. 1º, inc. e), ap. 9º, del decreto-ley 19.549/72, las actuaciones practicadas con intervención de órgano administrativo competente producen

¹²⁸ BODDA, PIETRO, *Giustizia amministrativa*, Turín, 1963, p. 53; LESSONA, *op. cit.*, p. 27. Comp. PUCHETTI, *Il ricorso gerarchico*, Padua, 1938, p. 128.

¹²⁹ BODDA, *op. cit.*, p. 53. Comp. PUCHETTI, *op. cit.*, p. 128.

¹³⁰ BODDA, *op. cit.*, p. 54, quien enuncia otras posibles causas: incertidumbre de la jurisprudencia, sugerencias contenidas en la comunicación oficial del acto, novedad de la cuestión, etc.

¹³¹ PUCHETTI, *op. cit.*, p. 127; *supra*, t. 3, cap. II, § 3, “Los efectos jurídicos no necesitan ser definitivos.”

¹³² Es lo que ocurrió en CSJN, *Compañía Azucarera Concepción S.A., LL*, 1999-E, 217.

¹³³ PUCHETTI, *op. cit.*, p. 128: “error, como se verá, que está justificado en último análisis sólo con la incertidumbre y contradicción de tantas leyes especiales.”

¹³⁴ PUCHETTI, *op. cit.*, p. 129.

¹³⁵ Ampliar *infra*, § 12, “Caducidad de las actuaciones” y COMADIRA, “Modos anormales de terminación del procedimiento administrativo,” *JA*, 1976-IV, 622, § III-b, reproducido en su *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 167 y ss.; también en *Derecho Administrativo. Acto...*, *op. cit.*, cap. VII, § 3.2, p. 193 y ss.; ver *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario al art. 1º, § 4.2-4.7, pp. 101-4.

la suspensión de los plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, “los que se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de la caducidad.”¹³⁶ En el plano administrativo, la Procuración del Tesoro de la Nación ha considerado que ya que la ley expresa que los plazos se “reiniciarán,” ello significa que se iniciarán de nuevo —significado en verdad literal de la expresión— y que por lo tanto ha de considerarse remitido el lapso o tiempo transcurrido antes de la iniciación de las actuaciones.¹³⁷ Como se advierte, no se trataría así ni de suspensión ni de interrupción de los plazos, sino de remisión.¹³⁸ Esta interpretación, ya existente antes de la sanción del decreto-ley 19.549/72¹³⁹ —en el que por lo demás intervino la Procuración del Tesoro de la Nación y seguramente sugirió su tradicional interpretación— tiene ahora un sustento normativo claro y concreto. De todos modos, debe tenerse presente que esta interpretación es por ahora aplicable a los plazos del procedimiento administrativo, no los del proceso judicial.

En lo referente a los plazos de prescripción o caducidad para acudir a la justicia y de cara a la solución que propiciamos, sería aconsejable hacer una interpretación uniforme, pues al fin de cuentas se trata de la misma norma. Pero no tenemos mucha esperanza de que ocurra, a juzgar por los últimos precedentes de la CSJN. La solución debería ser al igual que el informalismo, según la calidad del recurrente y las circunstancias del caso. Crear interpretaciones genéricas adversas al particular que puedan abarcar actos lesivos de derechos asistenciales, previsionales, etc., carece de sustento fáctico y es en esa medida irrazonable.

12. Caducidad de las actuaciones

12.1. *¿Paralización del procedimiento por causa imputable al particular?*

La legislación y la doctrina establecen que el impulso es de oficio y que el particular impulsa el procedimiento cuando interpone un recurso, lo cual inicia un procedimiento o continúa el que el acto pretendía cerrar. La falta de impugnación puede implicar el consentimiento del acto, pero no la paralización de las actuaciones. El procedimiento puede cesar definitivamente, lo mismo que en los supuestos de desistimiento, pero no en verdad detenerse o paralizarse. A su vez,

¹³⁶ En forma similar Corrientes, art. 20. Una nota discordante da Chaco, art. 130, que establece, tal vez por haberse deslizado un “no” impropriamente, que los procedimientos caducados no interrumpen los plazos legales y reglamentarios.

¹³⁷ PTN, *Dictámenes*, 132: 184; MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984. p. 363, cuya opinión es adoptada en *Sosa, Néstor*, del 12-X-95, CNFed. CA, Sala I, en el cual se entendió que el reinicio del curso de la prescripción previsto por el art. 1º, inc. e), ap. 9º es extensivo al acto denegatorio expreso que pone fin al reclamo. HUTCHINSON, “La caducidad en el procedimiento administrativo,” *op. cit.*, p. 14.

¹³⁸ Conf. ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, pp. 96-9; comp. HALPERÍN y CATTANI, *op. cit.*, p. 12.

¹³⁹ Era el criterio sustentado en el caso de los recursos presentados ante autoridad incompetente, que en lugar de interpretarse que interrumpían los términos, se consideraba que producían solamente su remisión: PTN, *Dictámenes*, 59: 158.

en un procedimiento iniciado de oficio o a pedido de parte, corresponde a la administración averiguar la verdad material,¹⁴⁰ sin perjuicio de la actividad probatoria de los particulares.¹⁴¹ Como se ha dicho, “sólo sería imputable al administrado la activación de trámites que no pudieran ser suplidos por la Administración en virtud del principio general de la impulsión de oficio.”¹⁴² En el caso de las pruebas que estos deben aportar, como de los actos procesales que deben realizar, las reglas establecidas en el decreto 1.759/72 son por lo general que transcurrido el plazo fijado para la realización de determinado acto procesal, se continúa adelante con el procedimiento, produciéndose o no según los casos la preclusión de dicho acto procesal. ¿Cuándo podrá ser entonces el particular responsable de la paralización del procedimiento? A nuestro juicio y salvo norma expresa, nunca. No significa esto que la impulsión del procedimiento sea exclusiva de la administración, pues ya vimos que el particular lo impulsa al reclamar, recurrir o denunciar, como también en principio al urgir a la administración que cumpla determinadas etapas o actos procesales.¹⁴³ Pero de lo que aquí se trata es que no es conceptualmente posible, a nuestro juicio, encontrar —en ausencia de norma expresa— un caso en que el particular pueda ser causante de la *paralización* del procedimiento cuya instrucción es de oficio. Los casos en que el particular tiene cargas procedimentales están resueltos por la norma en cuanto al alcance que su incumplimiento tiene y es el de continuar con el procedimiento hasta la decisión final, que por cierto puede ser adversa. Legislar sobre “caducidad” de las actuaciones, señalando que ella opera cuando el procedimiento se paraliza por causa imputable al particular, no tiene sentido a nuestro entender si no se establece cuáles son los casos en los cuales ese supuesto se produce. No hemos visto tales supuestos en la doctrina ni en la jurisprudencia.

12.2. *Derecho comparado*

Sin embargo, existe una fuerte tentación contraria en las legislaciones: legislar sobre caducidad y no decir en norma alguna cuándo un particular puede paralizar un procedimiento. La ley de procedimiento administrativo española indica que la caducidad ocurrirá cuando “un procedimiento promovido por un interesado se paralice por causa imputable al mismo” lo cual supone que deben reunirse dos condiciones: *a)* que el procedimiento sea promovido a solicitud del interesado y *b)* que la paralización se deba a causa imputable a él.¹⁴⁴

¹⁴⁰ *Supra*, t. 2, cap. I, § 3.1, “La carga y oportunidad de la prueba” y ss.

¹⁴¹ *Supra*, caps. VI y VII de este vol.

¹⁴² ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 94.

¹⁴³ Señala COMADIRA, *op. cit.*, § III-b), nota 46, que el particular al interponer un recurso de queja, o solicitar a la administración un pronunciamiento según el art. 10, impulsa el procedimiento; lo mismo si intenta un amparo por mora. Pero en los tres ejemplos de impulso por el particular, en verdad de lo que estamos hablando es de remedios contra la inactividad de la administración. Comp. HUTCHINSON, “La caducidad...,” *op. cit.*, p. 11 y nota 5.

¹⁴⁴ Ver GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, t. II, p. 1528 y ss.

12.3. *Legislación nacional*¹⁴⁵

12.3.1. *Procedimientos en que no se puede aplicar*

La legislación enuncia los casos en que no puede declararse la caducidad: los expedientes relativos a previsión social (jubilaciones, pensiones, retiros, etc.) y los que deben continuar porque en sus circunstancias está comprometido el interés público¹⁴⁶ (tercera edad, minoridad, etc.), la salud pública, etc.

12.3.2. *Norma que establezca la carga procesal. Plazo de paralización*

En los expedientes en que sea aplicable la caducidad de las actuaciones, será necesario encontrar la norma en virtud de la cual se haya dado el caso excepcional de que sea un particular el responsable de la paralización del trámite. Esa paralización exclusivamente imputable al particular deberá además tener 60 días hábiles de existencia continua.

12.3.3. *El acto previo de intimación*

Encontrado ese caso y la norma en virtud de la cual se ha producido la paralización imputable al particular, entonces el órgano competente para decidir en cuanto al fondo puede¹⁴⁷ dictar un acto administrativo, en el cual intime¹⁴⁸ al particular a no continuar su inactividad procesal paralizante de la administración, bajo apercibimiento de que si transcurren otros 30 días de inactividad suya, se declarará de oficio la caducidad de los procedimientos.

12.3.4. *Nueva inactividad del particular*

Si el particular no impugna el acto, ni realiza actividad procesal alguna, como p. ej. expresarle a la administración que en verdad el procedimiento está paralizado por inactividad de ella y que por favor continúen con el trámite prescindiendo de la actividad procesal que le reclaman a él, entonces el órgano encontrará dadas las condiciones legales para decidir, si así lo estima oportuno, la caducidad.¹⁴⁹ Dado que existe una intimación previa, es un mecanismo más dúctil que el judicial.

¹⁴⁵ Acerca de la caducidad ficta del art. 26 de la ley 24.447, ver nuestro “Emergencia residual en la deuda pública interna,” *LL*, 1995-C, 839, reproducido en *Después de la Reforma del Estado*, 1998, 2ª ed., cap. V; BIANCHI, ALBERTO B., “Caducidad y prescripción de créditos contra el Estado nacional en la ley 24.447,” *LL*, 1995-C, 1055; ABERASTURY (H) y CILURZO, *op. cit.*, p. 97 y ss.

¹⁴⁶ Decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. e), ap. 9º. En igual sentido Corrientes, arts. 21 a 23. Ver *infra*, § 12.4, “Legislación provincial.” Para una crítica a la excepción del interés público ver HUTCHINSON, “La caducidad del procedimiento administrativo,” *op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁷ Debe ponderar la decisión: COMADIRA, “Modos anormales...,” *op. cit.*, § III-b; *Derecho Administrativo. Acto...*, *op. cit.*, cap. VII, § 3.2, p. 193 y ss.

¹⁴⁸ PTN, *Dictámenes*, 190: 312.

¹⁴⁹ Como dice COMADIRA, “Modos anormales...,” *op. cit.*, “no opera de pleno derecho,” queda librado a “la potestad valorativa de la Administración la decisión de concluir o no el procedimiento” (nota 45); también en *Derecho Administrativo. Acto...*, cap. VII, § 3.2, p. 195 y nota 572; *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario al art. 1º, § 4.4, p. 103.

12.3.5. *El acto declaratorio de la caducidad*

El mismo órgano que es competente para decidir en cuanto al fondo dictará entonces un acto administrativo¹⁵⁰ pronunciando operada la caducidad de las actuaciones y dispondrá asimismo el archivo del expediente.¹⁵¹

Conviene reiterar que no está en la obligación de hacerlo, sino que tan sólo se encuentra facultado para ello.¹⁵²

12.3.6. *Efectos de la caducidad*

El decreto-ley 19.549/72 aclara que no obstante haberse operado la caducidad, el interesado podrá hacer valer las pruebas ya producidas en un nuevo expediente, en el cual podrá ejercer sus pretensiones. En el nuevo expediente que así se inicie deberá ordenarse el desarchivo de las actuaciones anteriores y su incorporación al nuevo expediente para que tramite según su estado.

12.3.7. *Crítica al sistema*

A pesar de la restricción así impuesta por dicho decreto-ley al instituto de la caducidad, que morigera sus aristas más injustas y censurables, consideramos que se trata de un criterio inaplicable en la práctica:¹⁵³ si el particular reclama algo, p. ej., pero no aporta las pruebas que hacen a su petición, a pesar de requerírsele la administración por acto expreso, sería impropio decretar en tal caso la caducidad.

Esa falta de probanzas no libera a la administración de su deber jurídico de resolver acerca de la pretensión que le fuera formulada. Es que la administración, en virtud del principio de la oficialidad y de la verdad material, deberá por su parte realizar las diligencias probatorias que sean conducentes a la prueba de la

¹⁵⁰ “Ello implica el dictado de un acto administrativo expreso que así lo disponga [...] que debe notificarse al interesado y que es recurrible;” “la declaración de caducidad tiene carácter constitutivo,” COMADIRA, “Modos anormales...,” *op. cit.*, nota 45; *Derecho Administrativo. Acto...*, *op. loc. cit.*; CASSAGNE, “Los plazos...,” *op. cit.*, p. 901; HUTCHINSON, “La caducidad...,” *op. cit.*, p. 12.

¹⁵¹ El archivo no se confunde con la caducidad, es sólo una consecuencia; el archivo puede reconocer como fuente otras decisiones. Ver COMADIRA, “Modos anormales...,” *op. loc. cit.*; *Derecho Administrativo. Acto...*, *op. cit.*, cap. VII, § 3.2, p. 196; *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario al art. 1º, § 4.7, p. 104.

¹⁵² COMADIRA, “Modos anormales...,” *op. loc. cit.* y nota 45; *Derecho Administrativo. Acto...*, *op. cit.*, cap. VII, § 3.2, p. 195 y nota 572.

¹⁵³ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Madrid, 1977, p. 586: es “difícil su aplicación en el procedimiento administrativo. Pues, regido por el principio de oficialidad o inquisitivo, no es normal que pueda paralizarse por causa imputable al interesado;” p. 787: “transcurrido el plazo sin que el interesado cumplimente el requerimiento, sufrirá los perjuicios de su inactividad, pero no se dará una paralización del procedimiento.” “Esta sólo se dará cuando se detiene el procedimiento, de modo que no puedan realizarse los trámites ulteriores” (p. 588.) No parece que la administración esté en imposibilidad legal de continuar su propio procedimiento; menos aun que se encuentre en imposibilidad material. La institución de la caducidad de instancia del derecho procesal, que tiene sentido en el proceso, nada tiene que ver en el procedimiento administrativo y es absolutamente inaplicable en la realidad, aun ante textos legales expresos que han intentado introducirla.

verdad o falsedad de sus asertos. Cumplimentados esos pasos se podrá, con tales elementos de juicio, decidir sobre el reclamo del particular.¹⁵⁴ Podrá rechazarlo pero no disponer la caducidad. Si excluimos como causal de caducidad de las actuaciones la negligencia del recurrente en producir pruebas ¿qué hipótesis de actos procesales corresponden al impulso privado? Ninguna.¹⁵⁵ Solamente cuando interpone un recurso puede el particular impulsar por sí mismo el trámite; en los demás casos él sólo está pidiendo a la administración que lo haga, y mal puede entonces sancionárselo por una falta de actividad que no le es imputable.¹⁵⁶

12.4. *Legislación provincial*

Mendoza¹⁵⁷ y Salta establecen el principio de la impulsión de oficio y omiten, correctamente, legislar sobre caducidad de las actuaciones. En cambio Chaco, Córdoba, Corrientes y La Pampa reglan la caducidad análogamente a la legislación nacional; Santa Fe establece la perención de oficio para todos.¹⁵⁸

13. *Términos de silencio*

La contrapartida de la caducidad de las actuaciones por la alegada inactividad procedimental del particular, no es la caducidad de las actuaciones imputable a la administración. Esta última no ha sido legislada ni es aplicable a la administración, según se entiende uniformemente.¹⁵⁹ En efecto, el derecho establece que las consecuencias de la inactividad administrativa es el “silencio administrativo”¹⁶⁰ que es dar carácter decisorio a la falta de pronunciamiento de la administración,¹⁶¹

¹⁵⁴ Conf. MARTINS, DANIEL H., “La regulación jurídica del trámite administrativo,” PRAT, MARTINS y otros, *Procedimiento administrativo*, Montevideo, 1977, p. 65.

¹⁵⁵ ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1965, p. 601: “la paralización sea imputable a los interesados, circunstancia que sólo muy excepcionalmente ocurrirá habida cuenta de que el procedimiento debe impulsarse de oficio.” Comp. HUTCHINSON, “La caducidad en el procedimiento administrativo,” *op. cit.*, p. 11, nota 5.

¹⁵⁶ La norma aclara que la caducidad solo procede por una paralización *imputable* al que ha promovido las actuaciones; pero de todos modos se trata de un principio que carece de casos de aplicación.

¹⁵⁷ Mendoza, art. 147; Salta, 142.

¹⁵⁸ Chaco, arts. 128 a 131; Córdoba, 13, 113 y ss.; Corrientes, 21 a 23; La Pampa, 8º a 10 del reglamento 851/79. En Santa Fe el art. 65 del decr. 10204/58 dispone: “Toda gestión que se promueva ante el Poder Ejecutivo o sus ‘Organismos descentralizados’, en que los interesados dejen pasar un año sin realizar actos tendientes a su diligenciamiento o resolución, se considerará caduca por perención de instancia. La perención se opera por el simple transcurso del tiempo, sin necesidad de declaración alguna. También será aplicable dicha perención a las actuaciones entre dependencias de la Administración. No será de aplicación en ningún caso y bajo ningún concepto, cuando la consideración de caducidad pueda ocasionar un perjuicio a la Administración o cuando el asunto de que se trate resulte de interés público.”

¹⁵⁹ Comp. HUTCHINSON, “La caducidad del procedimiento administrativo,” *op. cit.*, pp. 15-6.

¹⁶⁰ Ver reseña de antecedentes en TRIVIÑO, CARLOS R., “El silencio administrativo como vía de acceso al proceso contencioso administrativo,” en BOTASSI, CARLOS A. (dir), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP Librería Editora Platense, 2003, pp. 493-501.

¹⁶¹ Sobre el sentido y alcances del silencio, MAIRAL, *Control judicial*, *op. cit.*, t. I, p. 264 y ss.; TAWIL, *Administración y Justicia*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 283 y ss.

sea para tener una decisión favorable cuando una norma expresa así lo indica, sea para poder considerar que existe una decisión negativa que permite seguir con las demás vías de impugnación en sede administrativa o judicial según el caso.¹⁶²

Existe alguna dispersión en la jurisprudencia, pues algunos fallos admiten que el particular puede a su elección dar por denegado el recurso o interponer un amparo por mora de la administración mientras que otros le exigen en el primer caso la presentación de un pedido de pronto despacho. El silencio permite al particular continuar en la vía jerárquica con otros medios de impugnación o acudir finalmente a la justicia,¹⁶³ a pesar de que no le resuelvan sus pretensiones. Al no existir decisión expresa, no debe computarse plazo alguno para acudir a la justicia.¹⁶⁴ El orden jurídico asigna al silencio (transcurrido determinado plazo), el significado de una denegatoria tácita o de permitir al particular dar por tácitamente denegado su pedido.¹⁶⁵ Sólo excepcionalmente se le atribuye la consecuencia de admitir la pretensión.¹⁶⁶ El transcurso de los términos de silencio no libera a la administración de su deber de decidir.¹⁶⁷ Los principales casos de silencio legislados en el orden nacional, en que el particular puede dar por

¹⁶² Ver ANTHONY, GORDON, "Silencio administrativo y derecho público del Reino Unido," *LL*, 2006-B, 1092; ZAMBRANO, PEDRO L.: *Silencio de la Administración y Plazos para Demandar al Estado Nacional*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006 y sus referencias.

¹⁶³ PTN, *Dictámenes*, 207: 212.

¹⁶⁴ CSJN, *Fundación Universidad de Belgrano, Fallos*, 300-2: 1070; *Galian*, 300-2: 1292 (1978); *supra*, t. 2, cap. X; REJTMAN FARAH, *Impugnación...*, *op. cit.*, p. 87, para quien "[es] la única [solución] compatible con nuestro sistema constitucional" y en tales casos "tampoco correrán los plazos de prescripción ni de caducidad." CAMPOLIETI, FEDERICO, "El silencio administrativo frente a los plazos de la caducidad," *LL, Sup. Adm.*, IV - 2006, p. 21, señala que "ninguna de las manifestaciones que se derivan del debido proceso, como el derecho a obtener una decisión administrativa expresa, puede ser considerada como una prerrogativa de la Administración cuya omisión haga operativos los plazos de caducidad o transforme al silencio administrativo [...] en un método automático de resolución de peticiones."

¹⁶⁵ Conf. Colombia, art. 60; Costa Rica, art. 352; Perú, art. 215; Uruguay, art. 121; Venezuela, arts. 91, 94 y 95. Ver la jurisprudencia citada en GORDILLO (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, 2003, p. 139, nota 375; GORDILLO y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed., p. 150, nota 407. Ver TRIVIÑO, "El silencio administrativo...", *op. cit.*

¹⁶⁶ Así en el recurso contra el veto en una sociedad de economía mixta, DL 15.349/46. Ampliar en nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, pp. 11-4 y 114-5; otros ejemplos en GORDILLO (dir.), *Procedimiento Administrativo...*, *op. cit.*, p. 140, nota 376; GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, p. 150, nota 408.

¹⁶⁷ El principio es universal y así p. ej. está consagrado en Uruguay, art. 106, 2º párr. Acerca de la obligación de resolver de la administración ver entre otros BARRA, RODOLFO C., *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, p. 164; MARTÍNEZ, PATRICIA RAQUEL, "Silencio administrativo y debido proceso," *RDA*, 17: 431, 450-1. CAMPOLIETI, "El silencio administrativo...", *op. cit.*, advierte que "la incorporación del silencio administrativo en el ordenamiento jurídico en modo alguno releva la Administración de cumplir, por imperativo constitucional y legal, con el deber de resolver expresamente las peticiones de los administrados [...] la mora administrativa no libera a los órganos estatales de sus obligaciones, sino que únicamente pone de manifiesto la existencia de un incumplimiento." Ver PTN, *Dictámenes*, 210: 355; 207: 212, en el sentido que incluso la circunstancia de que el reclamante no hubiera interpuesto el pronto despacho, optando por esperar la resolución administrativa, no constituye óbice para la obligación del Estado de tratar y resolver la petición.

denegada su petición y continuar con el trámite en otras instancias, son los que mencionamos a continuación.

13.1. *Pretensiones que requieran un pronunciamiento concreto*

En este caso y conforme al art. 10 del decreto-ley 19.549/72, transcurridos sesenta días hábiles, a menos que una norma expresa fije un plazo menor, el particular podrá, sin plazo, pedir pronto despacho. La subsistencia del silencio durante treinta días hábiles administrativos más, a partir del pedido de pronto despacho, faculta al particular a considerar el silencio como acto denegatorio expreso y continuar con otros remedios administrativos¹⁶⁸ o jurisdiccionales. Sin embargo, cabe advertir que si bien la jurisprudencia de la CSJN tiene establecido la inconstitucionalidad de computar plazos a partir de una denegación tácita, a veces ello es incorrectamente resuelto. Por ello el particular atento a la defensa de sus derechos hará bien en computar los plazos a partir de la denegación tácita del pedido de pronto despacho o en su defecto hacer en cambio un amparo por mora de la administración, que culmina en una decisión expresa.

13.2. *Reclamo administrativo previo*

13.2.1 *El sistema tradicional*

Conforme los arts. 30 y 31 del DL 19.549/72, el individuo puede, sin plazo, interponer este reclamo. De no existir decisión dentro de los noventa días de presentado, puede el reclamante, también sin plazo, pedir pronto despacho. Si el silencio continúa durante otros cuarenta y cinco días, ello permite al interesado, si así lo desea, considerar denegado su reclamo y acudir a la justicia, sin otro plazo que el de prescripción de la acción y sin necesidad —ni conveniencia— de así manifestarlo ante la administración. Ante el silencio y optando por tomarlo como negativa, basta con interponer el siguiente recurso o la acción judicial. Puede sostenerse que para ello no existe plazo, pero en nuestro país hemos tenido demasiadas *voltefaces* en contra de los derechos individuales, como veremos a continuación.

13.2.2 *La ley 25.344*

Esta ley ha pretendido desarticular el sistema anterior¹⁶⁹ y establecer en su lugar que la denegación tácita del reclamo no es ya más una opción que el interesado puede ejercer a su criterio, sino una carga que la ley pretende imponerle. Lo que ahora la norma postula es que una vez transcurrido el plazo de denegación

¹⁶⁸ Aunque el acto denegatorio tácito sea definitivo y lo habilite a iniciar la vía judicial, podría a nuestro juicio interponer denuncia de ilegitimidad, pero a riesgo de perder la vía judicial.

¹⁶⁹ PERRINO, PABLO E., “Silencio administrativo y tutela judicial efectiva,” en BOTASSI (dir), *Temas...*, op. cit., p. 482.

tácita empezaría a correr, de pleno y ficto derecho, el plazo de caducidad para interponer la acción judicial.¹⁷⁰

En base a los precedentes de la CSJN en los casos *Fundación Universidad de Belgrano* (1978) y otros, pensamos que la norma es claramente inconstitucional.¹⁷¹ Deberán los jueces, en consecuencia, declarar oportunamente su inconstitucionalidad y mantener indemne el derecho del administrado que esta ley pretendió eliminar.¹⁷² Dice la norma en cuestión que la demanda “deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción [...] Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente.”¹⁷³ El abogado prudente, pues, habrá de hacer estos escritos con el almanaque en la mano y un colega que le revise la exactitud de su cómputo, pues será en un día “mágico,” que nadie sino su propio calendario le “notificará,” que empezará a correr el plazo pasado el cual habrá perdido, en esta supuesta solución legal, el derecho de acceder a la justicia. Los programas de computación pueden ayudar con los avisos que uno puede incorporarles, pero ello no quita el sinsentido de la solución legal. A este punto de inseguridad jurídica nos llevan tales cambios legislativos recientes, que han pretendido desvirtuar el informalismo del procedimiento administrativo en materia de plazos.¹⁷⁴

13.3. *Recurso de reconsideración*

El recurso de reconsideración se puede considerar denegado tácitamente, sin necesidad de pedir pronto despacho, a partir de treinta días hábiles;¹⁷⁵ estos treinta días se cuentan de tres maneras diferentes según los casos: si se abrió a prueba y se presentó alegato, desde la presentación de éste; si venció el plazo para hacerlo sin que el recurrente hubiera hecho uso de este derecho de alegar, desde el momento del vencimiento del plazo. Si no se abrió a prueba el recurso, el plazo de denegación tácita optativa se computa a partir de la interposición del recurso de reconsideración.

¹⁷⁰ PERRINO, *op. cit.*, p. 490. La jurisprudencia de la Corte no es uniforme y ha sido muy cambiante en este aspecto, ver DIANA, NICOLÁS, “Otra vez el enigma de la habitación de la instancia? (Sobre las cenizas de *Cohen*)”, *LL*, 2006-A, 60.

¹⁷¹ TRIVIÑO, “El silencio administrativo...”, *op. cit.*, p. 500.

¹⁷² No obstante, la Corte Suprema aún no se ha expedido al respecto, ver BARBARÁN, JOSEFINA, “Una reforma que deja en ‘offside’ al administrado”, *LL*, 2006-E, 313.

¹⁷³ Según la actual redacción del art. 31 del decreto-ley 19.549/72, modificado por el art. 12 de la ley 25.344.

¹⁷⁴ Respecto de la reforma introducida por la ley 25.344, contraria a la garantía constitucional y supranacional del efectivo acceso a la justicia, véase *infra*, cap. IX, § 13, “El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial,” cap. X, § 19, “Denegación tácita” y cap. XII. PERRINO, “Silencio administrativo y tutela judicial efectiva,” *op. cit.*

¹⁷⁵ Arts. 86 y 87 de la reglamentación.

13.4. *Recurso jerárquico*

El plazo para la producción del silencio, sin necesidad de pedir pronto despacho, es de treinta días.¹⁷⁶ Estos treinta días se computan en dos casos al igual que el recurso de reconsideración: desde la presentación del alegato o del vencimiento del término para hacerlo cuando se hubiera abierto formalmente a prueba. En cambio, cuando no se abrió a prueba el recurso, el plazo de denegación tácita no se computa desde la interposición del recurso, sino desde la recepción del expediente por la autoridad competente.¹⁷⁷ En cuanto a la adopción de distintas tesis en los diferentes recursos, a nuestro juicio es más certera la solución de computar el plazo desde la interposición del recurso que desde su recepción “por la autoridad competente,” porque esto último no puede provocarlo eficazmente el particular y además puede de hecho por un defecto de procedimiento no producirse nunca.

El individuo podrá sin duda reclamar en queja contra esta irregularidad, pero ¿qué ocurre si de todos modos el expediente de hecho no llega a la autoridad competente en un plazo razonable? ¿Habrá que hacer forzosamente un amparo por mora? En caso contrario, ¿no se producirá acaso nunca la denegación tácita? Obviamente esto último violentaría el espíritu y el sentido de la norma. Entendemos que en este caso la única solución justa es aplicar por analogía la solución del mismo reglamento para el recurso de reconsideración y computar entonces el término, cuando no se abrió a prueba el expediente, desde la *interposición* del recurso dejando abierta sin plazo, la vía judicial en caso de denegación tácita.

13.5. *El recurso de alzada*

Este recurso tiene el mismo plazo de denegación tácita y el mismo problema, que el recurso jerárquico.¹⁷⁸

13.6. *Recursos que no tienen plazo de denegación tácita*

En los recursos que tienen plazo de resolución pero respecto de los cuales no existe previsión sobre denegación tácita, p. ej. el recurso de aclaratoria¹⁷⁹ del art. 102, que debe resolverse dentro de los cinco días, entendemos que debe construirse interpretativamente la misma solución que en el resto. En consecuencia, transcurrido el plazo legal o reglamentario fijado para la adopción de una decisión, el particular puede a su elección seguir esperando el acto expreso o dar por denegado

¹⁷⁶ Ídem, art. 91. Comp. el régimen italiano del silencio para el recurso jerárquico: LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1997, 10ª ed., p. 175.

¹⁷⁷ Art. 91 del reglamento nacional.

¹⁷⁸ Art. 98 del reglamento nacional.

¹⁷⁹ Sobre si es o no un recurso diferente del de reconsideración, ver *infra*, cap. IX, “Los recursos de reconsideración.” En lo que hace a la cuestión de la unidad o pluralidad de los recursos administrativos nos remitimos a lo expuesto *supra*, cap. III, § 2.10, “Unidad de acción, pluralidad de recursos” y 20, “No afecta las facultades del inferior para revocar el acto impugnado.”

el recurso y continuar con otras vías de impugnación, sin necesidad de requerir pronto despacho.¹⁸⁰

14. *La conclusión del procedimiento administrativo*

14.1 *Primero, haber empezado*

Digamos primero una simple verdad oficial: para que algo termine, debe primero haber empezado. Y ya hemos visto en esto la draconiana solución que nos ofrece el sistema normativo—jurisprudencial: quien no recurre en sede administrativa a los diez o quince días según el caso, pierde todos sus derechos, incluso la vía judicial.¹⁸¹ Todos los adjetivos críticos que se puedan imaginar son aplicables y certeros. Pero no han conmovido hasta ahora la solución. La denuncia de ilegitimidad, que podría haber servido para resolver esta extrema injusticia e irrazonable privación de acceso a la tutela judicial, ha sido, en una suerte de posmodernismo existencial, sistemáticamente “deconstruida.”¹⁸²

14.2 *El premio de los que vigilan*

Ya sabemos el adagio latino *Vigilantibus, et non dormientibus, jura subveniunt*. Pero aquí no es en modo alguno suficiente. Con meramente interponer el recurso administrativo en término no alcanza sino para poco, pues en la práctica administrativa diaria es imprescindible la actividad constante del particular gestionando de la administración el impulso de las actuaciones, la producción de la prueba necesaria, aportar en su defecto privadamente la prueba que ella no produzca, dejar en todo momento constancia escrita de cuáles son los hechos, qué es lo que le dicen, etc. y tratar de llegar a una resolución, lo que por cierto es bastante difícil que se produzca en tiempo útil para el particular.

Dice la reglamentación que los trámites administrativos concluyen por resolución expresa o tácita, por caducidad, o por desistimiento del procedimiento o del derecho.¹⁸³ No agrega la muerte o insania del administrado como causal de terminación del procedimiento, ni tampoco la disolución o el retiro de personalidad jurídica a la entidad recurrente.¹⁸⁴ Pues bien, ya hemos visto que la denegación tácita no es sino un modo de permitir al particular *continuar* el procedimiento, de manera que mal podría señalársela como modo de conclusión del trámite.

¹⁸⁰ Comp. LINARES, *op. loc. cit.*, que se inclina por la necesidad del pronto despacho.

¹⁸¹ Ver *supra*, § 1.3, “La mutación normativa a través del tiempo,” 1.5, “La aplicación de los plazos de prescripción,” 2.3.2, “El caso del recurso fuera de término,” 2.3.6; *infra*, § 14.2, “El premio de los que vigilan;” cap. III, § 13, y § 18.3, “El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa;” cap. IX, § 13, “El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial;” X, “El recurso jerárquico,” § 1.3, “La tendencia propuesta (¿o real?)” y 9.2, “Es una espada de Damocles” y XI, “Recurso de alzada,” § 5.2, “Elección de la vía judicial.”

¹⁸² Seguimos en esta caracterización a MUÑOZ, *op. cit.*, p. 44.

¹⁸³ Reglamento nacional, art. 63.

¹⁸⁴ Existen procedimientos que sí contemplan una suerte de extinción por muerte, en que la sanción no será aplicable; ver el art. 54 de la ley de procedimiento tributario, t.o. en 1998.

Del mismo modo, la denegación expresa abre las subsiguientes vías de recurso en sede administrativa y aun la impugnación judicial, según veremos,¹⁸⁵ no es absoluta como modo de clausura del trámite administrativo.

Por su parte, la declaración de caducidad de las actuaciones lo que hace es precisamente reiniciar todos los términos que antes se encontraban “suspendidos,” con lo cual se opera según hemos visto una remisión de los términos¹⁸⁶ y por lo tanto una expresa continuación del tiempo del procedimiento administrativo. A lo sumo podría decirse que la cuestión concluirá una vez transcurridos tales nuevos plazos si el particular no inicia las demás vías administrativas a su disposición. En cuanto al desistimiento del procedimiento (equivalente al desistimiento de la acción en el derecho procesal) no importa la pérdida del derecho, sino que puede otra vez ulteriormente plantearse la petición.¹⁸⁷ Quedaría entonces el desistimiento del derecho como modo de cerrar el procedimiento... pero la reglamentación, correctamente, aclara que si la cuestión planteada pudiera llegar a afectar *de algún modo* el interés administrativo o general, el desistimiento, aun siéndolo del derecho, no implicará la clausura de los trámites, los cuales continuarán hasta su decisión fundada.¹⁸⁸ Tampoco puede el desistimiento de su derecho por parte de algunos afectar a las demás partes interesadas.¹⁸⁹

En cuanto a la muerte o insania, que el reglamento no menciona, es ya tradicional la tesis de que no implican de por sí la conclusión del trámite pues, aun prescindiendo de que los herederos o curadores de la persona se presenten a proseguir el trámite, éste debe de todos modos continuarse de oficio hasta su decisión final por la misma administración, por parecidos razonamientos a los efectuados por el reglamento para el supuesto del desistimiento.¹⁹⁰ Lo cual significa, un poco curiosamente quizás, que el procedimiento administrativo, al igual que un viejo soldado, no muere... sino que sólo se pierde o desdibuja en el tiempo.¹⁹¹

¹⁸⁵ Ver *infra*, cap. XI, “Recurso de alzada,” § 7, “Conclusión. El precedente de los EE.UU.”

¹⁸⁶ *Supra*, § 11.2, “La remisión en el caso de caducidad de las actuaciones.”

¹⁸⁷ Art. 67: “El desistimiento del procedimiento importará la clausura de las actuaciones en el estado en que se hallaren, pero no impedirá que ulteriormente vuelva a plantearse igual pretensión, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de caducidad o prescripción. Si el desistimiento se refiriera a los trámites de un recurso, el acto impugnado se tendrá por firme.”

¹⁸⁸ Art. 70: “Si la cuestión planteada pudiere llegar a afectar de algún modo el interés administrativo o general, el desistimiento del procedimiento o del derecho no implicará la clausura de los trámites, lo que así se declarará por resolución fundada, prosiguiendo las actuaciones hasta que recaiga la decisión pertinente. Ésta podrá beneficiar incluso a quienes hubieren desistido.” Conf. España, art. 91 inc. 3º; Bolivia, 53 inc. II; Brasil, 51 inc. 2º; Perú, 189 inc. 7º; Uruguay, arts. 86 y 88.

¹⁸⁹ Art. 69: “Si fueren varias las partes interesadas, el desistimiento de sólo alguna o algunas de ellas al procedimiento o al derecho no incidirá sobre las restantes, respecto de quienes seguirá sustanciándose el trámite respectivo en forma regular.” España, art. 90 inc. 2º; Brasil, art. 51 inc. 1º; Perú, art. 189 inc. 3º; Uruguay, art. 86.

¹⁹⁰ Ver *supra*, t. 2, cap. I, “La prueba de los derechos,” § 3.1, “La carga y oportunidad de la prueba;” cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 14, “Principio de la legalidad objetiva” y 15, “Principio de la oficialidad.”

¹⁹¹ *An old soldier never dies, he just fades away.*

Por las razones expuestas no hemos incluido en esta obra el tratamiento específico de los llamados modos normales o anormales de terminación del procedimiento administrativo,¹⁹² ni hemos hablado tampoco “de la conclusión de los procedimientos,”¹⁹³ pues consideramos que en la mayor parte de los casos lo que se trata bajo estas instituciones no son en modo alguno formas de terminación o conclusión del procedimiento, sino formas específicas de *continuación* de éste.

Únicamente en el caso del desistimiento podría intentarse con propiedad hablar de conclusión ocasional del procedimiento, pero ya hemos visto que ello tampoco es así como regla, por el principio de la impulsión de oficio y el interés público de que se dilucide si los particulares recurrentes o reclamantes que luego desistieron, tenían o no de todos modos razón en cuestionar la validez de los actos atacados — art. 70.

El orden jurídico debe, al fin de cuentas, inclinarse por el debate y la resolución expresa de los cuestionamientos a la validez de actos administrativos y no por el desistimiento, el consentimiento o el silencio de los administrados. Queda sin embargo la espada de Damocles de que la administración pueda, sin límite temporal alguno, súbitamente hallarlo nulo y revocarlo o pedir su anulación. En España, con buen criterio que acá no se imita, existe un plazo de cinco años para que la administración ejerza esa facultad.

A todo ello cabe agregar que ni aun iniciada la vía judicial queda en forma absoluta cerrada la tramitación administrativa,¹⁹⁴ lo cual demuestra que realmente es poco realista hablar de una conclusión formal y cierta del procedimiento administrativo en momento alguno.

¹⁹² COMADIRA, *op. loc. cit.* y sus referencias y comparaciones; HUTCHINSON, “La caducidad en el procedimiento administrativo,” *op. loc. cit.*

¹⁹³ Como lo hace el art. 63 de la reglamentación nacional.

¹⁹⁴ Ver *infra*, cap. XI, “Recurso de alzada,” § 7, “Conclusión. El precedente de los EE.UU.”

Capítulo IX

LOS RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN

1. *Introducción. Unidad o pluralidad de recursos administrativos*

Hemos comparado en el cap. III los recursos administrativos y los medios judiciales de impugnación de la actividad administrativa. Allí señalamos la diferencia entre el régimen de unidad de acción que ha comenzado a aparecer en el derecho procesal administrativo y la multiplicidad de remedios del procedimiento administrativo, que conspira contra su objetivo de proteger los derechos de los particulares.¹

Dentro de ese objetivo de reducir el desorden en el sistema recursivo, la reforma instrumentada por medio del decreto 1883/91, buscó “lograr eficacia en los trámites.”² A tal fin, tomó como punto de partida nuestra previa observación acerca de la inútil sobreabundancia de recursos. Procedió a “la eliminación de recursos administrativos superfluos dado que no son utilizados por los particulares,”³ tomando para ello como base las propuestas de la Procuración del Tesoro de la Nación en el año 1988 que siguieron nuestras objeciones.

Hemos agrupado los medios de impugnación con un criterio de unidad, para restablecer algo de la unidad que debieron tener. Para ello, reunimos en este capítulo, junto con el recurso de reconsideración, los recursos de revisión, aclaratoria y rectificación.⁴

¹ Ya lo anticipamos en previas ediciones; ver también *supra*, t. II, cap. X, “*El procedimiento administrativo en la práctica*”. Ver CANOSA, ARMANDO, “El procedimiento administrativo en la Reforma del Estado,” en UA, *El Derecho Administrativo, Hoy*, Buenos Aires, CA, 1996, p. 78 y ss., esp. p. 80; *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, Ábaco, 1996.

² Cons. 14 del decreto 1883/91. Sobre la eficacia ver igualmente NIELSEN, FEDERICO, “El recurso de reconsideración,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, pp. 662-713, esp. pp. 690-3.

³ HALPERÍN, DAVID ANDRÉS, “El proyecto de modificación del reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos,” *LL*, 1992-B, 1283, 1287.

⁴ HUTCHINSON, TOMÁS, “Rectificación de errores materiales en el reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos Nacionales,” *LL*, 1988-B, 931, prefiere no denominar “recurso” al pedido de rectificación. En cambio, para la revisión, *infra*, § 18, “Reconsideración y revisión.”

No se ha de pensar que al así hacerlo damos o quitamos a la reconsideración un único carácter que ella de por sí tuviera, pues aun dentro del propio estricto recurso de reconsideración reglado en estas normas, existen diversos supuestos y, hasta es posible pensarlo, distintos recursos. Trataremos con ello de ir en lo posible orientando la interpretación y el funcionamiento de estos múltiples remedios hacia el *desideratum* final de la unidad total del recurso administrativo, la que, como adelantáramos, pareció guiar la reforma aludida en el párrafo anterior.⁵

2. Concepto y denominación

2.1. Concepto

Recurso de reconsideración es el que se presenta ante el mismo órgano que dictó un acto, para que lo revoque, sustituya o modifique por contrario imperio.⁶ Precisamente por dirigirse el recurso a la misma autoridad que dictó el acto impugnado, la cual normalmente habrá de ratificar su postura, cabe dudar de que pueda funcionar realmente como medio de impugnación o de defensa del particular. Para algunos autores “reconsiderar” es no sólo “reexaminar,” sino específicamente “reexaminar atentamente,” por el origen etimológico de la palabra.⁷ Sin embargo, el uso vulgar del vocablo lo aproxima más a un ruego de que el funcionario “reexamine con benevolencia;” en suma, un recurso graciable.⁸ Es que en rigor hay un consejo medieval español que parecería estar inscripto en piedra en nuestras mentes y que cumplimos como mandato ancestral. Antes de dictar el acto, pensarlo; luego de dictarlo, mantenerlo. Bien se entiende, *mantenlla* contra viento y marea.

Si atendemos a los efectos prácticos que en la realidad se producen, “reconsiderar” termina siendo “ratificar enfáticamente,” “mejorar los fundamentos del acto impugnado,” “rebatir los argumentos del recurrente,” etc. Desde este

⁵ Ya algo hemos adelantado en el cap. III, esp. en el § 22, “Hacia la unidad del recurso administrativo.”

⁶ PTN, *Dictámenes*, 97: 248; también citado en NIELSEN, “El recurso de reconsideración,” *op. cit.*, pp. 662-713, esp. p. 663; CANOSA, *Los recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 177; BOTASSI, CARLOS, *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, p. 311; GORDILLO, AGUSTÍN y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 528. El recurso de reconsideración ha sido acogido, con diferencia de matices, por la legislación latinoamericana: Colombia, art. 50; Perú, art. 208; Uruguay, art. 142; Venezuela, art. 94 y el reglamento de la Secretaría de la Comunidad Andina, arts. 37 y 44.

⁷ CRETTELLA JÚNIOR, JOSÉ, *Tratado de direito administrativo*, t. VI, San Pablo, Forense, 1969, p. 248.

⁸ ISAAC, GUY, *La procédure administrative non contentieuse*, París, L.G.D.J., 1968, p. 622. No graciable procedimentalmente, pues es claro que es un recurso formalmente procedente y además, en nuestro derecho reglado; pero sí graciable en cuanto a sus efectos prácticos respecto a la actitud pedida al funcionario ante quien se interpone la reconsideración. Recuerda CAETANO, MARCELO, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Río de Janeiro, Forense, 1977, p. 495, que ya en el derecho eclesiástico se lo expresaba con la fórmula de “apelar de Roma mal informada para una Roma mejor informada,” queriendo significar que el Papa podría haber tomado una decisión sobre fundamentos insuficientes o errados, pero que, una vez esclarecidos, cambiaría de actitud. Va con ello dicho que no se supone error de *criterio*, sino a lo sumo de *información*; ver también la nota precedente.

punto de vista, nada impediría, con cierta licencia literaria, llamarlo “recurso de ratificación.” Es que, como sostuvo RAMÓN MARTÍN MATEO, si bien con anterioridad a las reformas de la ley de procedimiento española instrumentadas en 1992 y 1999,⁹ debe “dudarse seriamente de la eficacia de este recurso que en la práctica es difícil que prospere. Habitualmente la Administración, al dictar el acto recurrido, tenía ya todos los elementos de juicio. Si adopta una decisión lo lógico es que la mantenga, a no ser que excepcionalmente se le aporten nuevos elementos,¹⁰ a la vista de los cuales resuelva rectificar lo decidido.”¹¹ El mismo autor citado no coincide con quienes expresan que este recurso es una especie de acto de “conciliación.”¹² Es que hay, en todo el mundo y desde hace siglos, una inveterada tradición a mantenerse en lo resuelto. Es probablemente algo ínsito a la naturaleza del hombre la resistencia al cambio de lo resuelto por uno mismo. Si lo que se busca es la revocación del acto, no tiene mucho sentido pedírselo a la propia autoridad que lo emitió, a menos que se piense que ha podido no advertir un mero error de apreciación. Si lo que se pide es la reforma o sustitución del acto, una modificación en la graduación de la pena, una diferente calificación jurídica de la conducta, etc., allí puede justificarse pedirlo primero a la propia autoridad que lo emitió.¹³ En el derecho italiano, a diferencia del recurso jerárquico que es de carácter general, el recurso de oposición o reconsideración es de carácter excepcional;¹⁴ su interposición, como también la del recurso jerárquico, es meramente facultativa para el interesado y no es por ende requisito para la interposición del recurso jurisdiccional.¹⁵ Con ello se ha modificado todo el antiguo sistema de agotamiento obligatorio de la vía administrativa.

2.2. Denominación

Existe una extensa sinonimia tanto en el derecho como la doctrina nacional y comparada, que no debería con todo inducir a confusión. En todos los casos se

⁹Si bien el recurso de reposición había sido suprimido en 1992, el art. 107 la ley 4/1999 lo incorpora nuevamente, con carácter potestativo: GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, 1ª ed., p. 561 y ss.; 2002, 2ª ed., p. 585 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006, 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, p. 534; GARRIDO FALLA, FERNANDO y FERNÁNDEZ PASTRANA, JOSÉ MARÍA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un Estudio de la Ley 30/1992)*, Madrid, Civitas, 1995, 2ª ed., p. 246.

¹⁰Tal como requiere el art. 208 de la ley peruana, ver BREWER-CARIAS, ALLAN R., *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, p. 307.

¹¹MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, IEAL, 1985, 9ª ed., p. 412 y ss. En la 20ª ed., Madrid, Trivium, 1999, pp. 417-18, relata su supresión en 1992 y restablecimiento en 1999, pero ya omite el comentario citado. Conf. CANOSA, *op. loc. cit.*

¹²MARTÍN MATEO, *Manual...*, *op. cit.*, 19ª ed., p. 414; en la 20ª ed., el comentario no figura.

¹³VIRGA, PIETRO, *Diritto amministrativo*, vol. 2, *Atti e ricorsi*, Milán, Giuffrè, 1999, 5ª ed., p. 188.

¹⁴VIRGA, *op. cit.*, p. 189, § 1.

¹⁵VIRGA, *op. cit.*, p. 190, § 3 y 193, § 4. La excepción es Venezuela, art. 94, exigiendo su agotamiento como paso previo al recurso jerárquico, en caso que el acto no agote la vía administrativa: BREWER-CARIAS, *Principios...*, *op. loc. cit.*

trata del mismo concepto antes expresado. Encontramos así recurso de oposición,¹⁶ reposición,¹⁷ revocación,¹⁸ revocatoria,¹⁹ de advertencia,²⁰ etc. La denominación elegida por nuestro legislador *de facto* era la usual en nuestra administración. El recurso de reconsideración que aquí analizamos no es en cambio el mismo que en el procedimiento impositivo se llama “recurso de reconsideración para ante el superior”²¹ pues en ese caso estamos ante una suerte de recurso jerárquico interno, pero no, como es obvio, ante una reconsideración, la cual supone naturalmente identidad entre el órgano autor del acto y el que resuelve el recurso.²² El llamado “recurso de reconsideración para ante el superior” debe, además, ser distinguido de un recurso de reconsideración en sentido propio que existe con caracteres especiales en el procedimiento impositivo y deja expedita la vía judicial.²³ Algo parecido ocurre en el derecho peruano con el recurso de revisión, que en determinados supuestos se dirige a la misma autoridad que dictó el acto impugnado “para que eleve lo actuado al superior jerárquico.”²⁴

¹⁶ Así ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, Giuffrè, 1958, p. 75 y ss.; GUICCIARDI, ENRICO, *La giustizia amministrativa*, reimpresión, Padua, CEDAM, 1957, p. 101; ALESSI, RENATO, *Diritto amministrativo*, t. II, Milán, Giuffrè, 1978, p. 823; *Codice delle Leggi Amministrative*, Milán, Hoepli, 1998, § 1121, p. 3011.

¹⁷ Esta era la denominación atribuida por la antigua ley española de procedimiento administrativo de 1958, art. 126; y también la del actual art. 107, según el texto reformado por la ley 4/1999 que reincorporó este recurso, suprimido en 1992. Es que tal supresión había sido materia de críticas. Ver GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, t. II, Madrid, Civitas, 1997, p. 1628. Es también la terminología del art. 238 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

¹⁸ REAL, ALBERTO RAMÓN, “Recursos administrativos,” en *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, t. 3, n° 1/4, p. 20, (1962); FRAGA, GABINO, *Derecho administrativo*, México, 1958, p. 486; BIELSA, RAFAEL, *El recurso jerárquico*, Buenos Aires, Depalma, 1958, pp. 52-3; FIORINI, BAROLOMÉ A., *Manual de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1968, 1° ed., p. 1015.

¹⁹ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, 5ª ed. act., p. 704; ABERASTURY, PEDRO (H.) y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 150.

²⁰ MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 704.

²¹ En la primitiva ley 11.683 se estableció en el art. 71 un recurso de reconsideración “ante la Dirección General Impositiva” y esa redacción se mantuvo hasta el decreto-ley 20.024/72 y 20.046/72; no obstante, la ley 20.626 de 1974, recogiendo una viciosa práctica y denominación corriente anterior, modifica el precepto llamándolo de allí en más “Recurso de reconsideración para ante el superior.” Esta redacción y concepto se mantiene en el art. 76 inc. a) del t. o. en 1998, decreto 821/98. Ver GIULIANI FONROUGE, CARLOS M. y NAVARRINE, SUSANA C., *Procedimiento Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1995, 6ª ed., p. 408 y ss.; 1999, 7ª ed., p. 416 y ss.

²² En este sentido VILLEGAS, HÉCTOR, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1993, 5ª ed., p. 436: “En realidad, hay un error conceptual en cuanto a la denominación del recurso, porque reconsiderar significa volver a considerar cosa que evidentemente sólo puede hacer quien dictó la resolución primitiva.”

²³ Ver *infra*, § 14, “El recurso de reconsideración contra actos de la Dirección General Impositiva-A.F.I.P.” texto correspondiente a la nota 121.

²⁴ Perú, ley 27.444, art. 210. Ver DANÓS ORDOÑEZ, JORGE; VIDAL PERDOMO, JAIME; ROJAS, JUAN FRANCISCO; ESPINOSA-SALDAÑA, ELOY; PEREIRA BARRERA, ROBERTO; SANTOFIMIO, JAIME ORLANDO; TIRADO, RICHARD MARTIN y MORÓN URBINA, JUAN CARLOS, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general. Ley N° 27.444*, Lima, ARA editores, 2001.

3. Aspectos generales

3.1. Fuente

Se encuentra reglado en los arts. 84²⁵ y ss. del decreto 1.759/72. Es un sistema normativo bastante generalizado, antiguo²⁶ y que se halla en diversos ordenamientos.²⁷ Dada su tradicional e invariable inutilidad práctica a través de los siglos en todos los países y en todos los ordenamientos, su continuada existencia parece deberse más bien a un tributo antropológico a la perseverancia humana en el error no obstante la constante experiencia en contrario, que a la supervivencia de un supuesto instituto jurídico útil que se resiste a caer en *desuetudo*.

3.2. Término para interponerlo

El término para interponer este recurso es de diez días hábiles, conforme el art. 84 del reglamento.²⁸

3.3. Legitimación

El criterio general es: “Los recursos administrativos podrán ser deducidos por quienes aleguen un derecho subjetivo o un interés legítimo.”²⁹ No es suficiente el interés simple, pero sí el derecho de incidencia colectiva.³⁰

3.4. Motivos de impugnación

Puede interponerse con fundamentos de ilegitimidad o de inoportunidad; sigue en ello la regla del art. 73 *in fine*: “Los recursos podrán fundarse tanto en razones vinculadas a la legitimidad, como a la oportunidad, mérito o conveniencia del acto impugnado o al interés público.”³¹

²⁵ “Podrá interponerse recurso de reconsideración contra todo acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado y contra los interlocutorios o de mero trámite que lesionen un derecho subjetivo o un interés legítimo. Deberá interponerse dentro de los diez días de notificado el acto ante el mismo órgano que lo dictó, el cual será competente para resolver lo que corresponda, conforme a lo dispuesto por el artículo 82.”

²⁶ Ver las referencias efectuadas *supra*, notas 7 y 8.

²⁷ P. ej. Ciudad de Buenos Aires, arts. 103 a 107; Bolivia, 64 y 65; Perú, 208.

²⁸ Con más el plazo de gracia del art. 25 RNLPA, Según NIELSEN, “El recurso de reconsideración,” *op. cit.*, p. 668, ponderando, empero, la variada jurisprudencia allí citada.

²⁹ Reglamento nacional, art. 74; Ciudad de Buenos Aires, art. 92. Ver *supra*, t. 2, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva,” III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva” y IV “El interés legítimo.”

³⁰ Ver nuestro trabajo “La legitimación,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 441 y ss.

³¹ Respecto al concepto de interés público nos remitimos al t. 2, cap. VI, § 5.2, “Interés público e interés individual” a 5.4, “El régimen jurídico y la protección del interés público.” No lo consideramos un supuesto diferente de la oportunidad o conveniencia. Comp. HERNÁNDEZ, BELISARIO J., “Los recursos administrativos,” *LL*, 147: 1290, 1303; FIORINI, “Los recursos en la ley de procedimientos administrativos de la Nación,” *LL*, 147: 1278, 1285.

El objetivo de los recursos de reconsideración es amplio³² tanto en lo que se refiere a los motivos de impugnación como al objeto de pretensión, que puede ser la revocación del acto administrativo, o su reforma o sustitución en sede administrativa por motivos de oportunidad.³³ Los motivos de impugnación son más limitados en los supuestos que algunos autores llaman recurso de aclaratoria y recurso de revisión,³⁴ al igual que en el derecho procesal administrativo.³⁵

3.5. *Ante quién se presenta*

Se presenta ante el mismo órgano que lo dictó.³⁶

4. *Carácter optativo u obligatorio*

Es optativo³⁷ y el particular puede o no utilizarlo antes de la vía jerárquica.³⁸ Tampoco es requisito previo a la acción procesal administrativa.³⁹ Tiene mayor utilidad para la administración que para el administrado, si se considera que constituye una oportunidad para que aquélla produzca más prueba en contra de sus alegaciones, refute sus argumentos y mejore su propia posición jurídica.⁴⁰

³² MARIENHOFF, t. I, *op. cit.*, p. 706.

³³ Esta es la solución que proponemos para alguno de los casos de ejercitación de la 2ª y 3ª ed. del t. 3.

³⁴ HUTCHINSON, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 432. Comp. MARTÍNEZ, HERNÁN J., “Los recursos en el contencioso administrativo santafecino,” en *Derecho constitucional y administrativo*, 1: 160, 171, Rosario, Juris, 1999. Ampliar *infra*, § 18, “Reconsideración y revisión.”

³⁵ La terminología es variada. Este “recurso de revisión,” por tales causales excepcionales, es el recurso de revocatoria o *ricorso per revocazione* del proceso italiano: VERBARI, GIOVANNI BATTISTA, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milán, Giuffrè, 2000, 3ª ed., pp. 440-4, § 93 y ss.

³⁶ Reglamento nacional, art. 84.

³⁷ PEARSON, MARCELO, *Manual de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, 2ª ed, p. 77; 1990, 3ª ed., p. 79; FIORINI, *op. ult. cit.*, p. 1287; CANOSA, *op. cit.*, p. 177; MARIENHOFF, *op. loc. cit.*; ABERASTURY (H.), y CILURZO, *Curso de procedimiento administrativo*, *op. cit.*, pp. 150-1. Comp. MAIRAL, HÉCTOR A., *Control Judicial de la Administración Pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 326. En la Prov. de Buenos Aires la ley 12.008 dispuso su no obligatoriedad: REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 76-7. En la provincia de Santa Fe es obligatorio: FERULLO, GUSTAVO CÉSAR y GRAU, CÉSAR ANTONIO, *Procedimiento y recursos administrativos en la Provincia de Santa Fe*, Rosario, Fas, 1997, p. 139 y ss.

³⁸ Si bien en lo referente al carácter optativo se asemeja al recurso judicial de reposición o revocatoria, que se puede por deducir o directamente apelar ante el Tribunal de alzada, se diferencian en que la reconsideración en sede administrativa tiene por efecto interrumpir los plazos para la deducción de otros recursos procedentes, hasta tanto se resuelva. FONROUGE, MAXIMILIANO, “El recurso de reconsideración,” en TAWIL, GUIDO S. (dir), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, 1ª ed., p. 348.

³⁹ Ver *infra*, § 13, “El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial.”

⁴⁰ ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo formal*, Valencia, Venezuela, Vadell, 1998, 3ª ed., p. 404: “un modo de obligar al adversario a enseñar su juego antes de empezarlo,” “mostrar su estrategia y su enfoque jurídico,” “la posibilidad de ocasionar graves perjuicios a los administrados;” obligar “al administrado a luchar en el terreno de la Administración,” donde ella “tiene normalmente la prueba documental en sus archivos, muchas veces fuera del alcance del administrado.”

Es que, según la experiencia histórica lo indica en cualquier país, el propio funcionario que dictó un acto raramente está predispuesto a cambiar su decisión ante un pedido de reconsideración.⁴¹ Tiene con todo ciertas ventajas para el agotamiento de la vía administrativa a fin de acudir a la judicial, en el actual sistema normativo-jurisprudencial argentino.⁴² También puede permitir hacer tiempo, si el tiempo político no está maduro para acudir a la instancia judicial. Salvo ello, entra dentro de la genérica objeción a todo el procedimiento y los recursos administrativos.⁴³

5. Contra qué actos procede⁴⁴

5.1. En razón del tipo de acto

Procede tanto contra los actos definitivos como interlocutorios.

5.1.1. *Actos “definitivos,”*⁴⁵ o sea, que resuelven sobre el fondo de la cuestión planteada. También son impugnables, desde luego, los reglamentos y los contratos administrativos. La regla es, por lo tanto, absolutamente amplia. Obviamente, el derecho constitucional y supranacional al realizar el ejercicio de la defensa de los propios derechos e impugnar toda norma administrativa que se le oponga, no es susceptible de restricción irrazonable y mucho menos implícita. Ninguna norma pretende en forma cierta e inequívoca que el particular pudiere estar impedido de impugnar la validez de un acto general ante la misma autoridad;⁴⁶ a lo sumo, algún lector desprevenido podrá encontrar en las

⁴¹ Antes de la ley española de 1992, ver MARTÍN RETORTILLO, CIRILO, *Nuevas notas sobre lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1951, p. 91; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Madrid, 1953, p. 155; LÓPEZ-NIETO Y MALLO, FRANCISCO, *El procedimiento administrativo*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 329; MARTÍN MATEO, *op. loc. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Los recursos administrativos*, Madrid, Abella, 1969, pp. 213-214. Con la reinstauración de esta figura por la ley 4/1999 recobran vigencia sus anteriores comentarios expuestos en la obra de referencia.

⁴² Ver *supra*, cap. III, § 22, “Hacia la unidad del recurso administrativo.”

⁴³ Por ello avanza el criterio de hacer optativa *toda* la vía administrativa, lo cual requiere, por supuesto, dotar a la justicia de juzgados en número adecuado y proporcional a la cantidad de asuntos. En el primer aspecto indicado de tender hacia el carácter optativo de toda la vía administrativa se pronuncia actualmente la doctrina española, mayoritariamente. En igual sentido ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, pp. 403-5. La otra opción, como lo hemos mencionado reiteradamente en este libro, es transformar a la administración organizada jerárquicamente en tribunales administrativos imparciales e independientes, sujetos a contralor judicial suficiente: “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-62; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, México, Toluca, 2003, pp. 19-32; “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726.

⁴⁴ Ampliar, asimismo, en NIELSEN, “El recurso de reconsideración,” *op. cit.*, pp. 673-9.

⁴⁵ Para un desarrollo crítico del concepto empleado por el decreto 1759/72, ver en este mismo *Tratado de derecho administrativo*, *supra*, t. 3, El acto administrativo, 9ª ed., FDA, Buenos Aires, 2007.

⁴⁶ Uruguay, art. 166 y Honduras, art. 129, permiten recurrir contra actos de carácter general. En contra, Colombia, art. 49, que excluye esta posibilidad: BREWER-CARIAS, *op. cit.*, p. 311.

normas reglamentarias una ocasional omisión al tratamiento expreso del recurso de reconsideración contra los reglamentos y los contratos administrativos: ello no es, obviamente, una supuesta negativa, ni siquiera implícita, a expresar ante la propia autoridad de la cual emana el acto la disconformidad del particular afectado y el pedido de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración en la materia contractual o reglamentaria de que se trata. Dicho derecho de impugnación, de base constitucional y supranacional, no necesita ni requiere por ende reiteración reglamentaria. Esa impugnación ante la misma autoridad que dictó el acto general no puede racionalmente llamarse otra cosa que recurso de reconsideración, revocatoria, reposición, oposición o la terminología que se prefiera. De allí que, en el silencio de las normas reglamentarias, no quepa otra conclusión imaginable que la de admitir el recurso de reconsideración, ante la misma autoridad que dictó el acto, contra un reglamento.⁴⁷ Algo similar ocurre con el contrato administrativo. Por un lado, si bien es claro que el particular co-contratante no podría imaginablemente impugnar por recurso de reconsideración el contrato que él mismo acaba de firmar y por lo tanto impugnar su propia voluntad integradora de aquél, en una suerte de “autorrecurso,” si es claro que los terceros ajenos a dicha celebración contractual pueden impugnarla por este recurso si consideran lesionados sus derechos subjetivos o de incidencia colectiva, o sus intereses legítimos. Los actos de ejecución del contrato, como así también los de interpretación, reconversión, modificación, etc., son impugnables tanto por el co-contratante como por los terceros interesados. En este primer punto es donde se advierte la mayor diferencia entre el recurso de reconsideración, oposición, etc., del procedimiento en el derecho administrativo y el recurso de reposición del derecho procesal administrativo. El segundo procede sólo “contra las providencias simples, causen o no gravamen irreparable,”⁴⁸ esto es, contra los autos o providencias judiciales interlocutorias.⁴⁹ En cambio el recurso administrativo de reconsideración procede contra todo acto productor de efectos jurídicos directos, tanto los que se refieren a cuestiones de procedimiento como especialmente los que resuelven sobre el fondo del asunto.⁵⁰

⁴⁷ Sobre el recurso de reconsideración contra actos de alcance general, ver CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004, 7ª ed., reimpresión, t. II, p. 598; así como NIELSEN, “El recurso de reconsideración,” *op. cit.*, esp. p. 664.

⁴⁸ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 238.

⁴⁹ Como consecuencia de ello, todo auto judicial que “decida artículo,” resolviendo sobre el fondo de la cuestión o incluso adoptando medidas de procedimiento (declaración de incompetencia, medidas precautorias, costas, honorarios, excepción de cosa juzgada) queda excluido del recurso de reposición. Ver jurisprudencia que citan MORELLO, AUGUSTO M. y otros, *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, t. III, La Plata, Abeledo-Perrot, 1971, p. 318.

⁵⁰ Igual solución en el derecho español: GUAITA, AURELIO, “Naturaleza del recurso de reposición previo al contencioso,” *RAP*, 82: 27, Madrid, 1977. Ver también LLAPUR, SAID J., “Recurso de revocatoria contra actos originarios del Poder Ejecutivo en la Provincia de Jujuy,” *LLNOA*, 2005 (diciembre), 1359 y *Ley de Procedimientos administrativos de la Provincia de Jujuy*, Buenos Aires, Dunker, 2005, pp. 145 y ss.

5.1.2. *Actos equiparables a definitivos*, a saber, aquellos que sin resolver expresamente el fondo de la cuestión debatida, sin embargo directa o indirectamente impidan totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado.⁵¹

5.1.3. *Actos “interlocutorios o de mero trámite,”*⁵² o sea los que producen efectos jurídicos directos sólo sobre el trámite, no sobre el fondo. Este tipo de actos son impugnables administrativamente como regla, pero judicialmente sólo por excepción. Se trata de los actos que importan una paralización del procedimiento.⁵³

5.2. *Supuestos de improcedencia del recurso de reconsideración*

Fuera de estos supuestos, cuando no se trata de actos administrativos *stricto sensu*,⁵⁴ el recurso no procede. Ello ocurre en los siguientes casos:

5.2.1. *Los actos o medidas preparatorias*, informes, dictámenes,⁵⁵ pericias,⁵⁶ etc.: Los no productores de efectos jurídicos directos *no* son impugnables por recurso alguno, por no causar gravamen en forma directa. Sin embargo ya anotamos que la demora en producirlos habilita en cambio, en sede judicial, el amparo por mora de la administración.

⁵¹ En igual sentido: Colombia, art. 49; Costa Rica, art. 345, 3; Perú, art. 206, 2 y Venezuela, art. 85. Ver *supra*, t. 3, cap. II, “El acto administrativo como productor de efectos jurídicos,” § 3.6, “Acto administrativo definitivo y acto administrativo asimilable a él.” Son ejemplos de actos equiparables a definitivos, en el sentido del decreto, el archivo de las actuaciones, una resolución que produzca indefensión total, un acto que paralice de hecho o de derecho el trámite, etc.: MAIRAL, *Control...*, op. cit., p. 322 y REJTMAN FARAH, *Impugnación...*, op. cit., p. 62; “Suspensión de oficio del acto administrativo y revocación tácita,” LL, 1995-B, 485.

⁵² *Supra*, t. 3, cap. II, § 3.5, “Actos administrativos interlocutorios y actos administrativos definitivos.” Así los actos relativos a la producción de la prueba, traslados, etc. Ampliar *supra*, § 3.4, “Actos o medidas preparatorias y actos interlocutorios o de mero trámite.”

⁵³ También procede el amparo por mora de la administración en los casos de incumplimiento de los plazos establecidos o los que en su defecto sean razonables. En tales supuestos no se impugna el acto sino la omisión.

⁵⁴ Ver *supra*, t. 3, caps. II, III y IV.

⁵⁵ *Supra*, t. 3, cap. II, § 3.4, “Actos o medidas preparatorias y actos interlocutorios o de mero trámite.” Acerca de los distintos tipos de dictámenes, ver *supra*, t. 1, cap. X, “Clasificación jurídica de la función administrativa,” § 4.2, “Actos no jurídicos.” Acerca de los dictámenes que propician el archivo de las actuaciones, la Procuración del Tesoro de la Nación ha señalado que “las medidas preparatorias de decisiones administrativas [...] por haber generado la caducidad automática del procedimiento administrativo provocando efectivamente el subsecuente archivo de las actuaciones, deben ser consideradas como una conducta de la administración que impidió proseguir con el trámite procedimental y consecuentemente produjeron directa e inmediatamente, determinados efectos jurídicos, como actos administrativos propiamente dichos, por ello el recurso de reconsideración deducido es formalmente procedente (189: 172):” PTN, *Dictámenes*, 223: 2. Es una situación que se da con frecuencia cuando el Instituto Nacional contra la Discriminación, INADI, emite dictámenes de su asesoría letrada que notifica a los interesados y simultáneamente archiva y anota en sus registros, sin admitir recurso alguno. Por supuesto que contra tal tipo de dictámenes del INADI debe ser procedente la vía recursiva, tanto administrativa como jurisdiccional, máxime que ni siquiera los emite el órgano directivo colegiado a quien la ley de creación le ha otorgado la facultad que de tal modo se intenta ejercer, con obvio perjuicio patrimonial para los particulares que reciban dictamen adverso por discriminación, lo que los deja de hecho abiertos a un juicio de daños y perjuicios.

⁵⁶ *Supra*, t. 1, cap. X, donde damos otros ejemplos.

5.2.2. *Los hechos administrativos*,⁵⁷ v. gr., conductas administrativas que no se exteriorizan a través de una declaración⁵⁸ de conocimiento, juicio o voluntad administrativa,⁵⁹ tampoco son impugnables por vía de recursos, sin perjuicio de que puedan proceder reclamos o denuncias en el ámbito administrativo y *acciones* en vía judicial.

5.2.3. *Silencio*: Tampoco procede contra el mero silencio de la administración, pues, en ausencia de norma expresa él es conducta inexpresiva.⁶⁰ A diferencia de otros medios de impugnación que veremos más adelante, no existen normas que autoricen a dar por denegada una petición o reclamo con el alcance de hacer procedente el recurso de reconsideración contra dicha denegación tácita. Lo que las normas establecen es un mecanismo que permite continuar con otras vías de impugnación, si el particular lo desea, pero no parece estar contemplado que ante el silencio se pueda insistir nuevamente con una reconsideración. Ello equivaldría a pedir reconsideración de una medida ya reconsiderada, lo que de antaño no se admite por evidentes razones prácticas.⁶¹

5.2.4. *Meros pronunciamientos administrativos*: Respecto de aquellas conductas estatales “que se limitan a fijar la posición del Estado ante el particular pero sin ser, por sí solas, hábiles para producir aquel resultado” (el de alterar la esfera jurídica del particular).⁶² Consideramos que conforme a la doctrina y jurisprudencia que explicamos en el t. 3 pueden considerarse como no-actos administrativos, o actos administrativos inexistentes.

5.3. *En razón del órgano del cual emana*

El recurso de reconsideración procede actualmente contra los actos de cualquier órgano de la administración centralizada o descentralizada, cualquiera sea su jerarquía; incluso contra decretos del Poder Ejecutivo o decisiones administrativas del Jefe de Gabinete.⁶³ La regla actual es, pues, la procedencia en todos los

⁵⁷ Ver *supra*, t. 3, cap. III, § 3, “Objeciones a la distinción entre actos y hechos. El silencio de la administración: introducción,” a 9, “Conclusión acerca de la distinción entre actos y hechos administrativos” y t. 1, cap. X, § 4, “Actos y hechos de la administración.”

⁵⁸ Para la diferencia entre declaración y manifestación: t. 3, cap. III, § 5, “El acto administrativo como manifestación de voluntad” a § 7, “El acto administrativo como declaración.”

⁵⁹ Ver t. 3, cap. III, § 6, “El acto administrativo como voluntad, conocimiento u opinión.”

⁶⁰ *Supra*, t. 3, cap. X, § 9.4, “El silencio.” Ver también MURATORIO, JORGE I., “Los actos administrativos tácitos e implícitos,” en AA.VV., *Derecho Administrativo—Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 663 y ss., 684.

⁶¹ PTN, *Dictámenes*, 67: 7; 72: 30. En sentido similar CAIO TÁCITO, *O abuso de poder administrativo no Brasil*, Río de Janeiro, 1959, p. 85, afirma que “no puede ser renovado.” Ver también LOPES MEIRELLES, HELY, *Direito administrativo brasileiro*, 8ª ed., San Pablo, 1981, p. 650. Ampliar *infra*, § 10, “La reconsideración contra actos ya reconsiderados.”

⁶² MAIRAL, “Los meros pronunciamientos administrativos,” en AA.VV., *Derecho Administrativo—Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, op. cit., p. 651 y ss.

⁶³ BIANCHI, ALBERTO A. “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?,” *LL*, 1995-A, 397, 408.

casos, sin excepción alguna,⁶⁴ salvo que continúa vigente la regla tradicional que no admite el recurso de reconsideración contra un acto ya reconsiderado, sea de cualquiera de tales órganos o de otros de la administración pública.⁶⁵

6. Órgano competente para resolverlo

Es la misma autoridad u órgano que produjo el acto recurrido.⁶⁶ Sin embargo, si el órgano que ha dictado el acto impugnado por la reconsideración ejerció en dicho acto una potestad delegada a él por un superior jerárquico, este último puede resolver el recurso de reconsideración interpuesto ante el inferior.⁶⁷ A su vez, si la delegación ha cesado al momento de deducirse el recurso administrativo, o cesa luego de interpuesto, la competencia es exclusiva y obligatoria del delegante.

Un superior jerárquico del autor del acto impugnado no puede entonces avocarse al conocimiento y decisión del recurso de reconsideración.⁶⁸ El art. 85 del reglamento nacional limita pues la posibilidad de avocación al supuesto de que el acto impugnado por reconsideración hubiera a su vez sido dictado por *delegación*.

Si no ha habido previa delegación del superior al inferior para dictar el acto impugnado, no puede haber avocación del primero para resolver el recurso de reconsideración interpuesto contra un acto del inferior.⁶⁹ La potestad del superior de avocarse a los actos del inferior es de origen legal, pero no procede tratándose de una atribución que el inferior hubiera tenido otorgada en forma exclusiva por el ordenamiento jurídico.⁷⁰ Tampoco es procedente si una norma expresa o razonablemente implícita la excluye, conforme lo ya construido hace mucho tiempo sobre los principios de la competencia en los órganos del estado en comparación

⁶⁴ Antiguamente se interpretaba el tema de manera más restrictiva, como lo explicamos oportunamente en nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Macchi, 1971, 2º ed., p. 510, § 9, “La reconsideración de un decreto del Poder Ejecutivo.”

⁶⁵ Ver las referencias de la nota 61, *supra*: en igual sentido ver también BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 684: “el recurso de reconsideración no es procedente contra el acto [...] que resuelve el recurso de reconsideración contra sus propios actos porque no está previsto expresamente en el decreto reglamentario de la ley.”

⁶⁶ RN, art. 84: “Deberá interponerse dentro de los diez días de notificado el acto ante el mismo órgano que lo dictó, el cual será competente para resolver lo que corresponda, conforme a lo dispuesto por el artículo 82.” Coinciden pues el órgano *a quo* y el órgano *ad quem*, como recuerda GUAITA, AURELIO, “Naturaleza del recurso de reposición previo al contencioso,” *op. cit.*

⁶⁷ Reglamento nacional, art. 85: “Si el acto hubiere sido dictado por delegación, el recurso de reconsideración será resuelto por el órgano delegado sin perjuicio del derecho de avocación del delegante. Si la delegación hubiere cesado al tiempo de deducirse el recurso, éste será resuelto por el delegante.”

⁶⁸ CANOSA, *op. cit.*, p. 178.

⁶⁹ Comp. CANOSA, *op. cit.*, p. 180, nota 16, para quien no sería atentatorio de los derechos de los interesados la avocación por parte del Poder Ejecutivo sobre actos del Jefe de Gabinete de Ministros, invocando a tal efecto el art. 15 del decreto 977/95.

⁷⁰ Dice la parte final del art. 3º del decreto-ley 19.549/72: “la avocación será procedente a menos que una norma *expresa* disponga lo contrario” (el destacado es nuestro.) Hemos interpretado esta norma en el sentido de que tanto una norma expresa como *razonablemente implícita* pueden disponer lo contrario. Ello, en tanto cuente con sustento fáctico suficiente, p. ej. por razones de especialidad de la atribución conferida al inferior: *supra*, t. 1, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 11, “La avocación.”

a la capacidad de los sujetos de derecho privado.⁷¹ Es lo que ocurre con el art. 85 citado. El pedido de reconsideración es una solicitud dirigida a la autoridad que produjo un acto, para que lo reexamine “atentamente,”⁷² graciable o benévolamente⁷³ o, por fin, para que lo ratifique.⁷⁴ El resultado puede ser una morigeración del acto de gravamen objeto de recurso. Pero si la autoridad decide mantener *in totum* el criterio expresado en el acto recurrido, de hecho puede brindar más y mejores razones que sustenten la decisión, o agregar dictámenes y refutar al recurrente, sin que ello importe incurrir en la prohibida *reformatio in pejus*.⁷⁵

El particular puede dirigirse a una autoridad superior o distinta, caso en el cual no hay fundamento para que el superior le prive de una instancia administrativa. Todo ello a menos que el superior resuelva avocarse para hacer lugar a lo solicitado, ya que entonces no habría agravio al recurrente. A su vez, el “recurso de reconsideración para ante el superior” del procedimiento impositivo, que es resuelto por un superior, no constituye una excepción, ya que no es un recurso de reconsideración sino un recurso jerárquico *lato sensu*.⁷⁶

7. Término para resolverlo

El término es de treinta días hábiles administrativos.⁷⁷ El reglamento nacional prevé varias hipótesis:

7.1. No habiendo producción de prueba

En este caso el término para resolver se cuenta a partir de la 0 hora del día siguiente a la interposición del recurso.

7.2. Habiendo producción de prueba

El reglamento distingue otras formas de contar el término:

7.2.1. Desde el día siguiente a la fecha de vencimiento del término para pre-

⁷¹ Es muy importante que el lector se remita al desarrollo general sobre el tema de las competencias expresas o razonablemente implícitas en el t. 1, cap. XXII, § 6, § 7, especialmente 7.1, 7.2, 7.3, 7.4. Por lo demás reina bastante ambigüedad terminológica, a veces deliberada ambivalencia, que MAIRAL en ocasión calificó acertadamente de proteica. Comparar CSJN, *Antonio Jesús Ríos*, Fallos 316; 2743, año 1993, cons. 5º y *Fayt*, Fallos 322; 1616, año 1999, cons. 9º; CASSAGNE, *Derecho administrativo*, op. cit., t. I, p. 279; BIANCHI, “Algunas notas sobre los poderes implícitos del gobierno,” en EDDA, 2000/2001, pp. 398-414, esp. p. 413; MERTEHIKIAN, EDUARDO, “La competencia administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, pp. 181-7, esp. p. 183.

⁷² Como dice CRETILLA JÚNIOR, *Tratado...*, op. cit., p. 248.

⁷³ *Supra*, § 2.1, “Concepto,” es conforme al uso vulgar del vocablo, aquello que designa.

⁷⁴ Es la alternativa que creemos más realista, según dijimos *supra*, § 2.1, “Concepto.”

⁷⁵ Ver al respecto *supra*, cap. II, “El administrador,” cap. III, “Los recursos administrativos.”

⁷⁶ *Supra*, § 2.2., “Denominación,” nota 21; VILLEGAS, *Curso ...*, op. cit., pp. 436-7.

⁷⁷ RN, art. 86: “El órgano competente resolverá el recurso de reconsideración dentro de los treinta días, computados desde su interposición o, en su caso, de la presentación del alegato —o del vencimiento del plazo para hacerlo— si se hubiere recibido prueba.” CABA, 105; Buenos Aires, 77 inc. f).

sentar el alegato:

7.2.1.1. Conforme al art. 60 del reglamento nacional,⁷⁸ producida la prueba se da traslado al interesado por diez días para que alegue: vencido este plazo, empieza a correr el término de treinta días para la resolución del recurso.

7.2.1.2. La administración puede, a pedido de parte interesada (o de oficio), disponer la producción de nueva prueba; una vez terminada la producción de esta prueba, se debe dar un segundo traslado al interesado, que en este caso es por cinco días. Si el interesado presenta el alegato dentro de los cinco días, el plazo administrativo de treinta para la resolución de la reconsideración se cuenta desde el día siguiente a su presentación; si el particular no lo presenta, el término se cuenta desde el día siguiente al del vencimiento del término de cinco días en que pudo hacerlo.

7.2.2. Desde el día siguiente a la presentación del alegato, luego de terminado el período de prueba; según se trate del alegato sobre una única apertura a prueba, o sobre una apertura adicional a prueba. Esto también puede diferir a los efectos del cómputo del plazo.

Dado que el término para decidir es un término a favor del administrado y que luego del vencimiento él puede a dar por denegado el recurso y continuar con otras vías de impugnación o seguir esperando la resolución expresa, no parece justificarse esta detallada y multivariante forma de computar el término en cuestión. Mucho más sencillo hubiera sido establecer un sólo y único término de treinta días a partir de la interposición del recurso y dejar de todos modos a opción del interesado proseguir a partir de esa fecha en otras instancias, o en cambio esperar hasta que se termine la prueba, o la prueba adicional; sea a su vez que presente su alegato, en término o fuera de él; o no lo presente. En la práctica no se presta atención a la curiosa regulación del art. 86.⁷⁹

8. Denegación tácita

La administración debe resolver el recurso en treinta días;⁸⁰ si no lo hace en ese lapso, el particular “podrá reputarlo denegado tácitamente sin necesidad de requerir pronto despacho.”⁸¹ A su vez, y conforme al art. 88, cuando el recurso

⁷⁸ RN, art. 60: “Sustanciadas las actuaciones, se dará vista de oficio y por 10 días a la parte interesada para que, si lo creyere conveniente, presente un escrito acerca de lo actuado, y en su caso, para que alegue también sobre la prueba que se hubiere producido. [...] El órgano competente podrá disponer la producción de nueva prueba: a) de oficio, para mejor proveer; b) a pedido de parte interesada, si ocurriere o llegare a su conocimiento un hecho nuevo. Dicha medida se notificará a la parte interesada y con el resultado de la prueba que se produzca, se dará otra vista por 5 días a los mismos efectos precedentemente indicados. Si no se presentaren los escritos —en uno y otro caso— [...] se dará por decaído este derecho.”

⁷⁹ Ver *supra*, t. 2, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica.”

⁸⁰ Ver jurisprudencia citada en GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, p. 532, nota 1335.

⁸¹ RN, 87; CABA, 106; Colombia, 60; Costa Rica, 352; Perú, 215; Uruguay, 121; Venezuela, 91-5.

de reconsideración ha sido rechazado tácitamente, las actuaciones son elevadas no de oficio sino a petición de parte, en el plazo de cinco días.⁸² Surge de ello que el particular no está *obligado* a considerar que se ha producido denegación tácita, sino que puede esperar a que se produzca la denegación expresa sin por ello perder el derecho a seguir con las demás vías de recurso.⁸³ Para que pueda considerar producida la denegación tácita no hace falta pedir pronto despacho.

9. Denegación expresa

9.1. Antes de la denegación tácita

La reconsideración puede ser denegada expresamente dentro del plazo de treinta días que corre para la denegación tácita, o después de ese plazo.⁸⁴

9.2. Denegación expresa de un recurso de reconsideración interpuesto fuera de término

Si el autor del acto resuelve un recurso de reconsideración fuera de término, su decisión reabre la vía jerárquica y se puede seguir con el recurso jerárquico en subsidio. En Italia se “ha permitido cierta moderación a la perentoriedad del término (para ocurrir a sede jurisdiccional) en algunos pocos casos y siempre que se acuda a un error del recurrente que el juez considere «excusable.»”⁸⁵

10. La reconsideración contra actos ya reconsiderados

No procede el recurso de reconsideración contra una medida ya reconsiderada.⁸⁶ Cabe preguntarse para qué un particular habría de interponer un segundo recurso de reconsideración si todos estos recursos son rechazados. Este principio no tiene carácter absoluto y no sería aplicable p. ej. al caso de expedientes contradictorios;⁸⁷ sólo se refiere al caso de quien pide nueva reconsideración de la que ya interpuso. Si no hay identidad de impugnantes, aunque haya identi-

⁸² Ciudad de Buenos Aires, art. 107.

⁸³ FANELLI EVANS, *EDLA*, 1978, p. 967 y ss., 969, § IV. “Que el particular pueda considerar tácitamente denegado el recurso no exime a la Administración de su obligación de resolver; ergo aquél puede iniciar un amparo por mora para que el juez ordene a ésta a resolverlo.” CNFed. CA., S. III, *Cacik*, *RAP*, 107: 128.

⁸⁴ SANDULLI, ALDO, “Il procedimento,” en CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, t. II, Milán, Giuffrè, 2000, p. 1060 y nota 514; *supra*, cap. VIII, § 2.3, “No perentoriedad” y nota 55.

⁸⁵ ROERHRSEN, GUGLIELMO, *La justicia administrativa en Italia*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 170-1, duda acerca del carácter definitivo de la resolución, cuando se haya interpuesto recurso jerárquico en vez de acción judicial (o “recurso” llamado “directo de apelación” ante las salas de la cámara federal) y viceversa, o cuando el recurrente se haya dirigido a un juez incompetente. Ampliar en LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1997, 10ª ed., p. 716 y ss.

⁸⁶ PTN, *Dictámenes*, 67: 7; 72: 30. En sentido similar CAIO TÁCITO, *O abuso... op. cit.*, p. 85, afirma que “no puede ser renovado,” CANOSA, *op. cit.*, p. 178; LOPES MEIRELLES, *Direito... op. cit.*, p. 650; ley orgánica de procedimientos administrativos de Venezuela, art. 94.

⁸⁷ VILLAR PALASI, JOSÉ LUIS, *Apuntes de derecho administrativo*, t. II, Madrid, 1971, p. 193.

dad en el acto impugnado, es procedente el siguiente recurso de reconsideración interpuesto por otro, p.r.j.. cuando la decisión afecta a otras personas que no han sido partes.⁸⁸ No cabe exigir un previo recurso de reconsideración antes de la acción judicial, contra un acto ya reconsiderado, incluso tratándose de distintos impugnantes.⁸⁹ También es obvio que puede proceder el recurso jerárquico contra la decisión tomada a raíz del recurso de reconsideración.

11. Otros supuestos de recurso de reconsideración

En la doctrina española, antes de la reforma de 1992, se distinguían tres tipos de recursos de reconsideración: el potestativo y el preceptivo, respectivamente previos a otro recurso administrativo, y el preceptivo para agotar la vía administrativa.⁹⁰ En el derecho argentino han quedado también planteadas por lo menos dos de esas tres alternativas, que a continuación analizaremos. Va de suyo que es una innecesaria complejidad que debería modificarse, haciendo claramente del recurso de reconsideración un recurso potestativo y en ningún caso obligatorio.⁹¹

12. El potestativo recurso de reconsideración previo al jerárquico

Conforme al art. 89 del RN, para interponer el recurso jerárquico “No será necesario haber deducido previamente recurso de reconsideración;⁹² si se lo hubiere

⁸⁸ En igual sentido CANOSA, *op. cit.*, p. 178.

⁸⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Madrid, 1977, p. 810. Lo expuesto, al margen de que entendemos que en el derecho argentino no cabe exigir la reconsideración previa a la acción judicial, como explicamos *infra*, § 13; pero incluso para la tesis contraria, de que en algún supuesto pueda ser necesario el previo recurso de reconsideración, entendemos que de todos modos no cabría exigir un nuevo recurso de reconsideración contra un acto ya reconsiderado, aunque los impugnantes no sean las mismas personas: es la tesis del Supremo Tribunal español.

⁹⁰ Ver TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, *Comentario a la ley de lo contencioso administrativo*, t. I, Madrid, 1965, p. 811 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos y económico-administrativos*, Madrid, 1975, p. 207 y ss.; quien destaca que en la jurisprudencia posterior a 1975 queda derogado el requisito de interponer reposición previo a la alzada: *op. cit.*, p. 209; ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1979, 6ª ed., pp. 293-5.

⁹¹ Como ocurría en la provincia de Buenos Aires, tal como lo explicamos en nuestro artículo “La justicia administrativa en la provincia de Buenos Aires (una contrarreforma inconstitucional),” *ED*, 30-XI-01; Editado y reproducido en la *Revista de Estudios de Derecho Público*, REDEp, Querétaro, FUNDAp, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., 2001-1, número especial a cargo de NAVA NEGRETE, ALFONSO y otros (coords.), *Justicia administrativa en México y en Iberoamérica*, pp. 205-226; también reproducido en AA.VV., *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, tomo II, *Derecho Administrativo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pp. 2383-2404. Reproducido, con modificaciones, bajo el título “Administrar sin justicia”, en la *RAP Provincia de Buenos Aires*, 2003, año 1, número 1, pp. 11-25. Sobre el agotamiento de la vía administrativa como recaudo de admisibilidad, ver SCBA, *Gaineddu*, 23-IV-03, que en interpretación directa de la cláusula constitucional (art. 166, Const. provincial) ha reconocido el principio de la demandabilidad directa del Estado, en concordancia con lo previsto en el art. 15 de la Const. provincial.

⁹² En Venezuela “si el acto no agota la vía administrativa, el recurso de reconsideración debe intentarse como paso previo al recurso jerárquico o de apelación (art. 94). Esta es una disposición excepcional entre el conjunto de leyes latinoamericanas.” BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, p. 307.

hecho, no será indispensable fundar nuevamente el jerárquico.” Pero el potestativo recurso de reconsideración tiene un plazo de diez días, que se halla interpuesto el recurso jerárquico en subsidio. Si no interpone en término el potestativo recurso de reconsideración, tiene cinco días más para interponer el recurso jerárquico.

13. *El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial*

En el régimen del decreto-ley 19.549/72 la acción judicial recién procede, como regla, cuando un acto administrativo “revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas.”⁹³ Para interponer la acción judicial hay un plazo de noventa días que se computa desde la notificación del acto al interesado.⁹⁴ Eso, con suerte. Pues debería ser la regla pero no necesariamente lo es. En ocasiones, cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo deba hacerse por un medio que la ley haya denominado “recurso,”⁹⁵ el plazo para deducirlo es de treinta días, que se cuenta a partir de “la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas.”

El vencimiento de estos plazos opera la caducidad del acceso a la vía judicial, lo que de acuerdo a la CSJN *in re Gorordo*⁹⁶ y su interpretación extensiva por la cámara en pleno *in re Romero*⁹⁷ se puede declarar de oficio.⁹⁸ Esa desafortunada interpretación, totalmente contraria al principio supranacional del libre acceso a la vía judicial, vino a ser receptada por el art. 31 del decreto-ley 19.549/72, según la modificación introducida por la ley 25.344, seudofundamentada en la emergencia perpetua que los gobiernos crean: “Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente.”

⁹³ Art. 23, inc. a).

⁹⁴ Art. 25, inc. a).

⁹⁵ Art. 25, *in fine*. Aunque la ley prevea lo que denomina un “recurso” judicial contra un acto administrativo, se lo considera acción, a fin de preservar la garantía de una instancia judicial *suficiente y adecuada*; *supra*, t. 1, cap. VII, § 13, “Reglamentos delegados o de integración,” p. ej., el *recurso directo* ante la justicia contra las sanciones en el empleo público, arts. 39 a 41 de la ley 25.164.

⁹⁶ CSJN, *Gorordo*, Fallos 322:74, año 1999.

⁹⁷ Plenario de la CNApel CAFed, 15-IV-99, *Romero*.

⁹⁸ LL, 1999-E, 186. Ver JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “La habilitación de instancia en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *RDA*, 27-29: 73, Buenos Aires, 1998; COMADIRA, JULIO R., “El caso «*Gorordo*»: nueva jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de habilitación de instancia y revisión judicial de la denuncia de ilegitimidad,” en *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. XVIII, p. 469 y ss.; REJTMAN FARAH, MARIO, “Un importante giro jurisprudencial en la revisión de oficio de la llamada «habilitación de instancia»,” LL, 1999-E, 185; TORANZO, ALEJO, “Declaración de oficio de la caducidad de la acción contenciosoadministrativa. La Corte Suprema se aparta de sus antecedentes menguando su autoridad vertical,” LL, 1999-E, 757; MÁNTARAS, PABLO, “¿Corresponde verificar de oficio la habilitación de instancia en el proceso contenciosoadministrativo?,” LL, 2000-C, 131 y su aguda remisión de nota 16 y texto a TRIBIÑO, CARLOS R., “Habilitación de la instancia en el proceso contenciosoadministrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *El derecho administrativo, hoy*, Buenos Aires, ECA, 1996, p. 269. Ver también *supra*, cap. VIII.

Todo ello, en contra de la garantía constitucional y supranacional del efectivo acceso a la justicia.⁹⁹ En estos casos en que la norma exige que se “agoten las instancias administrativas” cabe preguntarse si la vía administrativa se encuentra agotada sin interponer la previa reconsideración contra un acto definitivo de, p. ej., el Poder Ejecutivo o los Ministros resolviendo un recurso jerárquico.

Esta cuestión fue indirectamente tratada por el decreto 3.700/77, que modificó el art. 100 del reglamento nacional, que actualmente¹⁰⁰ expresa: “Las decisiones definitivas o con fuerza de tales que el Poder Ejecutivo Nacional, los ministros o los secretarios de la Presidencia de la Nación dictaren en recursos administrativos y que agoten las instancias de esos recursos sólo serán susceptibles de la reconsideración prevista en el artículo 84 de esta reglamentación y de la revisión prevista en el artículo 22 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

La presentación de estos recursos suspende el curso de los plazos establecidos en el artículo 25 del decreto-ley de procedimientos administrativos.” El RN puede determinar, dentro del ámbito de latitud que el DL 19.549/72 impropriadamente dejó al P.E.,¹⁰¹ cuándo queda agotada la vía administrativa por no ser ya procedentes nuevos recursos. Pero al menos es fundamento para interpretar que la interposición del recurso suspende el plazo de la impugnación judicial.

A la inversa, no obliga a interponer recurso de reconsideración previo a la acción judicial, ni tampoco da a entender que la vía administrativa no quede agotada sin su interposición,¹⁰² pues de otro modo no consideraría la posibilidad de que el particular no interponga dicho recurso y, sin embargo, pueda iniciar la acción judicial. Entendemos, en suma, que conforme a dicho decreto, es optativo para el particular interponer o no recurso de reconsideración.¹⁰³

13.1. *La tesis del preceptivo recurso de reconsideración contra decretos dictados de oficio*

Nuestra doctrina, sin embargo, introduce una distinción que por nuestra parte no encontramos en el decreto-ley 19.549/72. En efecto, algunos autores sostienen que el recurso de reconsideración previo a la acción judicial es potestativo sólo cuando

⁹⁹ Después de todo, afianzar la justicia es uno de los fines del Estado. Ver CASSAGNE, “El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, pp. 391-5, esp. p. 392.

¹⁰⁰ Texto conforme decreto 1883/91.

¹⁰¹ Pues la historia de exceso de otorgamiento de atribuciones al Poder Ejecutivo tiene una historia tan larga como la historia argentina, sólo que cada vez empeora. En este caso al menos tenía coherencia, ya que no se trataba de un gobierno electivo sino producto de un golpe de Estado.

¹⁰² La interpretación del art. 100 es armónica con lo resuelto por la CSJN en *Sacoar, Fallos*, 311-2: 2082, 1988, frente a diversas normas locales, en que la CSJN consideró que era potestativa y no preceptiva la interposición de un recurso de revocatoria para tener por agotada la vía administrativa: *LL*, 1989-A, 478; BEZZI, OSVALDO MÁXIMO, “El recurso de revocatoria en la ley de procedimiento administrativo de Buenos Aires no es presupuesto de admisibilidad de la demanda (Un fallo ejemplar),” *RDA*, 1: 146; ABERASTURY, “El recurso de revocatoria y el agotamiento de la vía administrativa en la Provincia de Buenos Aires,” *RDA*, 1: 141.

¹⁰³ Conf. CANOSA, *op. cit.*, p. 177 y ss. Comp. MAIRAL, *Control...*, t. I, *op. cit.*, p. 326.

el acto lesivo ha sido dictado a consecuencia de un previo recurso administrativo interpuesto por el interesado. En tal caso el particular puede interponer o no la reconsideración antes de iniciar el juicio. En cambio, si el acto lesivo ha sido dictado de oficio, sin audiencia ni posibilidad de oposición previa del interesado, se sostiene que el particular estaría obligado a interponer recurso de reconsideración antes de poder iniciar la acción judicial.¹⁰⁴ “La situación contenciosa queda trabada por acto originario y de oficio del Poder Ejecutivo y resistencia del administrado mediante el recurso de reconsideración. El segundo acto del Poder Ejecutivo recaído en este recurso es el que causa estado. No el originario.”¹⁰⁵ Ello era admisible en la ley 3.952,¹⁰⁶ en que la ley exigía agotar la vía administrativa mediante un previo reclamo administrativo. La jurisprudencia fue construyendo excepciones, una de las cuales era el caso de un decreto resolviendo un recurso administrativo interpuesto por el interesado. Allí la exigencia legal era expresa. En cambio en el actual sistema el agotamiento de la vía administrativa es exigido de otra manera y en momento alguno el decreto-ley 19.549/72 distingue entre decretos dictados de oficio e *inaudita parte* por un lado y decretos o actos dictados cerrando un procedimiento recursivo, por el otro.¹⁰⁷ La única diferencia normativa que podría encontrarse para formular una distinción como la apuntada es la contenida en el art. 100 del reglamento, en el sentido de que las decisiones definitivas que el Poder Ejecutivo, etc. dictaren “en recursos administrativos y que agoten las instancias de esos recursos” serán impugnables por reconsideración. Allí se habla y se distingue, entre decretos dictados a propósito de recursos y decretos dictados sin previo recurso del particular. ¿Pero se dice acaso que es obligatorio interponer la reconsideración para agotar la vía cuando el acto es dictado de oficio? Hay en otros ordenamientos normas o proyectos que lo imponen, pero no se puede crear por analogía una carga para el particular, más aun en detrimento de su garantía constitucional y supranacional de acceso expedito y rápido a la instancia judicial.¹⁰⁸ A lo sumo se puede argumentar que, puesto que la reconsideración es procedente, entonces no está cerrada la vía administrativa

¹⁰⁴ LINARES, JUAN F., *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 421, § 375; *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 43; SILVESTRI, BEATRIZ R. y GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL M., “La instancia administrativa previa a la judicial en la ley 19.549 (recursos y reclamos),” *ED*, 72: 763, 770; MAIRAL, *Control...*, t. I, *op. cit.*, p. 326. No hace tal diferencia CANOSA, *op. cit.*, p. 178.

¹⁰⁵ LINARES, *Fundamentos...*, *op. loc. cit.*

¹⁰⁶ Ver LINARES, “Demandas contra la Nación y los decretos del Poder Ejecutivo,” *LL*, 138: 997; la ed. de 1971 de esta misma obra, *Procedimiento y recursos administrativos*, cap. XIV.

¹⁰⁷ “El acto de máxima autoridad, ya sea dictado de oficio o resultando de la resolución de un recurso administrativo, resulta apto para agotar la instancia a efectos de acceder a la vía judicial:” CCAyT CABA, II, *Ramsay* (2002), con nota: FLAX, GREGORIO A., “La razonabilidad de los recaudos extrínsecos de la «acción administrativa» y su incidencia sobre el derecho a la jurisdicción: el caso «Ramsay» y el agotamiento de la vía administrativa,” *JA*, 2003-III, S fasc. 5: 51.

¹⁰⁸ La opinión ya citada de LINARES no es aplicable hoy a tenor de su argumento, que utilizamos en el texto, contrario a la creación por analogía de plazos limitativos de derechos: “Términos para recurrir a la justicia administrativa fijados por analogía,” *LL*, 54: 776.

y debe por ende agotársela antes de iniciar la judicial. Pero ese argumento es igualmente aplicable a los decretos que resuelven recursos ya que contra ellos también es admisible la reconsideración. Con ello sería forzoso concluir que, puesto que en tal caso es viable también la reconsideración, entonces igualmente allí es obligatoria. Podría incluso llegarse a una doble secuencia de reconsideraciones.¹⁰⁹ A su vez, contestar este último argumento diciendo que dado que el art. 100 se refiere a tales decretos resolviendo recursos como actos “*que agoten las instancias de esos recursos*,”¹¹⁰ entonces cabe concluir que implícitamente se admite que la vía está cerrada,¹¹¹ no es fundamento seguro en la eterna duda de cómo computar los plazos de caducidad de acceso a la vía judicial. La norma no dice que tales actos agoten la vía *administrativa*, sino que tales actos pueden agotar *la vía de tales recursos* previamente interpuestos. Y mal podría decir que han agotado la vía administrativa cuando bien se advierte, de su texto, que todavía es procedente la reconsideración. No exigiendo, pues, la norma, en forma expresa e inequívoca, la obligatoria interposición de un recurso de reconsideración en caso alguno previo a la instancia judicial, entonces debe la doctrina interpretar el sistema del modo que mejor cumpla con los fines que debe servir.¹¹² Y si el fin del sistema es la protección o tutela de los derechos de los administrados, como bien puede entenderse en un sistema republicano, entonces es obvio que en nada beneficia al particular interponer un recurso que ciertamente será denegado y sólo le demora la iniciación de una instancia judicial.¹¹³ En el derecho español, cuando existía el recurso de reconsideración con carácter preceptivo, su omisión no determinaba la inadmisión del recurso judicial pues era un defecto subsanable.¹¹⁴

13.2. Otros caracteres del recurso

Dado que este recurso de reconsideración no es un requisito que esté vinculado a la acción judicial, no se le aplican las limitaciones de la acción judicial. Aunque

¹⁰⁹ Propone CASSAGNE, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 7ª ed. actualizada, reimpresión, p. 601, en cambio, “En el caso de que el acto definitivo fuera un decreto del Poder Ejecutivo Nacional que se dictare inaudita parte, el interesado se encuentra habilitado para deducir el recurso de reconsideración previsto en el art. 84 del R.L.N.P.A., pudiendo, a su vez, contra la resolución denegatoria, interponer una nueva reconsideración, con fundamento en lo prescripto en el art. 100 de dicho Reglamento.” Esta doble interposición del recurso de reconsideración nunca ha sido admitida en el derecho comparado ni en el argentino, por lo que su opinión, en este supuesto, carece de sustento normativo o técnico, ni tampoco conceptual.

¹¹⁰ El destacado es nuestro.

¹¹¹ SILVESTRI y GONZÁLEZ ARZAC, “La instancia administrativa...,” *op. loc. cit.*

¹¹² ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, pp. 151-2; FERNANDO E. JUAN LIMA, “Las condiciones de admisibilidad de la acción contencioso administrativa en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en PETRELLA, ALEJANDRA (cord.), *El fuero contencioso administrativo y tributario de la ciudad de Buenos Aires*; JA, 2002-III, Suplemento del fascículo n° 7.

¹¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 534: Cuando en España se había eliminado el recurso de reconsideración, se dejaba sin garantía a los asuntos de menor cuantía, en que el acceso a los Tribunales era antieconómico. Se ha reincorporado por el art. 107 de la ley 4/1999.

¹¹⁴ Art. 129, inc. 3° de la antigua ley; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 823.

la acción judicial habrá de limitarse a cuestionar la legitimidad del acto, este recurso podrá fundarse en motivos de oportunidad. Un reglamento no ejecutado no puede ser impugnado judicialmente en forma directa, pero sí lo puede ser en sede administrativa por recurso de reconsideración o reclamo administrativo impropio. Una decisión interlocutoria del P.E. podría ser impugnada por recurso de reconsideración aunque no sería revisable judicialmente.¹¹⁵

14. El recurso de reconsideración contra actos de la Dirección General Impositiva-A.F.I.P.

14.1. Nuestra propuesta genérica en el año 1964

Decíamos en 1964, p. 275: “Propondríamos [...] disponer que queda abierta la vía contencioso-administrativa aun antes de agotar el procedimiento de los recursos administrativos. Ello permite, nos parece, una mayor flexibilidad al régimen de la protección de los derechos individuales y dejaría librado al interesado, según su conveniencia, esperar a agotar íntegramente la vía administrativa y recién ir a la justicia, o en cambio demandar directamente cuando se produce una decisión de funcionario competente con jerarquía de Director General o superior.” “[S]i [...] la decisión definitiva corresponderá a la justicia, no vemos qué inconveniente hay en que [ella] se produzca antes del pronunciamiento [...] o después. El argumento esgrimido en los fundamentos del decreto 7520/44, de que los recursos administrativos tienden a evitar a la Nación acciones judiciales, es [...] Primero, porque el orden jurídico debe buscar primordialmente la realización de la justicia y en esa consideración no puede tener peso alguno quién es el demandado o la posible condena en costas que sufra el Estado por un acto ilegítimo de alguno de sus funcionarios; segundo, porque la posibilidad de que en cualquier momento se produzca una acción judicial alertará el sentido de responsabilidad de los funcionarios públicos y hará caer sobre ellos o sobre sus respectivos acervos hereditarios la deuda pertinente cuando, por sus actos antijurídicos, el Estado sea condenado en los estrados judiciales; tercero, porque son los mismos agentes del Estado los que dan el ejemplo —salvo pocas excepciones— de demandar a los particulares deudores del Estado sin intentar etapa alguna de conciliación administrativa previa, acuciados por el cobro de costas que el orden jurídico argentino autoriza (cobro de impuestos, de aportes patronales en materia de cargas sociales, etc.)”

14.2. Su introducción específica en materia impositiva

El procedimiento impositivo ha finalmente receptado una de las soluciones al innecesariamente complejo problema de cuándo dejar abierto el acceso a la vía ju-

¹¹⁵ En el derecho español anterior a 1992, que fue reinstaurado en 1999, se afirmaba que “siendo el de reposición un requisito previo al recurso contencioso-administrativo, podrá deducirse en relación con los actos y disposiciones que pueden ser objeto de éste último [...] De ahí que no proceda deducirse contra resoluciones provisionales.” GONZÁLEZ PÉREZ, *op. ult. cit.*, p. 809.

dicial. Si bien el derecho positivo comparado ha sido reacio a introducir las opciones ofrecidas, no ha logrado acallar la crítica.¹¹⁶ El régimen impositivo argentino es una de las excepciones en que el ordenamiento vigente recoge a texto expreso la posibilidad de acudir en forma directa a dos formas de revisión jurisdiccional, sin que ello haya sido jamás motivo de crítica alguna desde la propia administración pública. Ello significa, a las claras, que no hay razón técnica alguna, sino a lo sumo la mala política, para impedir que este sistema u otras variantes de justicia expedita e inmediata, o tribunales administrativos imparciales e independientes, funcionen *ab initio* para toda la administración pública.¹¹⁷

En este sentido, el art. 76¹¹⁸ de la ley 11.683 establece una opción para el contribuyente: Contra el acto que lo afecta puede interponerse el impropiamente recurso de reconsideración ante el superior o el recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal, con carácter excluyente.¹¹⁹ Asimismo, el 74 del decreto 1.397/79¹²⁰ establece que el particular podrá interponer recurso de reconsideración contra los actos administrativos del Director General, dejando expedita la vía judicial. En caso que el particular elija esta vía, una vez producida la denegación expresa o tácita¹²¹ del recurso, el acto “revestirá el carácter de definitivo” pudiendo ya sólo

¹¹⁶ Comp. FRAGOLA, UMBERTO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1948, pp. 241-4; “Il ricorso gerarchico e l’art. 133 della Costituzione,” en *Nuova Rassegna*, 23: 1761, año 1952, citado por GARRIDO FALLA, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 327, quien efectúa una fuerte crítica a este criterio.

¹¹⁷ Ver nuestros arts.: “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-62; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, México, Toluca, 2003, pp. 19-32; “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726.

¹¹⁸ El artículo 76 establece: “Contra las resoluciones que impongan sanciones o determinen los tributos y accesorios en forma cierta o presuntiva, o se dicten en reclamos por repetición de tributos en los casos autorizados por el artículo 81, los infractores o responsables podrán interponer —a su opción— dentro de los QUINCE (15) días de notificados, los siguientes recursos: a) Recurso de reconsideración para ante el superior. b) Recurso de apelación para ante el TRIBUNAL FISCAL DE LA NACION competente, cuando fuere viable. El recurso del inciso a) se interpondrá ante la misma autoridad que dictó la resolución recurrida, mediante presentación directa de escrito o por entrega al correo en carta certificada con aviso de retorno; y el recurso del inciso b) se comunicará a ella por los mismos medios. El recurso del inciso b) no será procedente respecto de las liquidaciones de anticipos y otros pagos a cuenta, sus actualizaciones e intereses. Asimismo no será utilizable esa vía recursiva en las liquidaciones de actualizaciones e intereses cuando simultáneamente no se discuta la procedencia del gravamen.”

¹¹⁹ Cualquier presentación posterior al acto determinativo puede ser considerado un “recurso de reconsideración” y por lo tanto excluir el Tribunal Fiscal. Cabe ser cauteloso.

¹²⁰ El decr. 1397/79 (t.o.) dice en el art. 74: “Los actos administrativos de alcance individual emanados del Director General podrán ser recurridos ante el mismo, en la forma y plazo previsto en el párrafo anterior.” “El acto administrativo emanado del Director General, como consecuencia de los procedimientos previstos en los párrafos anteriores se resolverá sin sustanciación y revestirá el carácter de definitivo pudiendo sólo impugnarse por la vía prevista en el art. 23 de la ley 19.549.”

¹²¹ Hay un plazo de sesenta días para resolverlo, pero no está prevista la denegación tácita, paalo cual cabrá pedir pronto despacho o pedir un amparo por mora de la administración.

impugnarse judicialmente “por la vía prevista en el art. 23”¹²² del decreto-ley 19.549/72. Es un progreso, como alternativa para agotar la vía administrativa —salvo que exista un procedimiento recursivo especial—¹²³ y la administración con ello renuncia a exigir otra forma de reclamo previo o agotamiento de la vía administrativa antes de la judicial.¹²⁴

15. *El acceso a la vía judicial sin reconsideración ni intervención previa del particular*

15.1. *El acceso directo es también la regla en materia de empleo público*

La solución que estimamos adecuada es considerar abierto el acceso a la instancia judicial sin condicionamiento ni limitación alguna; una vez notificado del acto, el particular pueda acudir a la vía judicial, sin interponer obligatoria ni potestativa reconsideración y haya tenido o no intervención previa en el procedimiento que da lugar a la emisión del acto. Sólo así daremos cumplimiento al requisito del acceso irrestricto a la justicia.¹²⁵

Esta solución venía de antaño establecida por el decreto-ley 6.666/57, en materia de agentes públicos, cuyo art. 24 disponía que “Contra los actos firmes [...] de la Administración nacional, que dispongan la cesantía o la exoneración respecto del personal comprendido en el régimen de estabilidad previsto por este Estatuto, se podrá recurrir para ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo de la Capital Federal.” La norma que le sucedió

¹²² Ello excluye tanto el jerárquico como la alzada. Es en esto un precedente de la tendencia norteamericana, que se va extendiendo progresivamente en nuestro país. Ver *infra*, cap. XI, “Recurso de alzada,” § 2.3, “Tendencia normativa a la supresión de la alzada.”

¹²³ Los contribuyentes podrán utilizar esta vía recursiva para lograr la impugnación de actos administrativos de alcance particular que no determinen impuestos o apliquen sanciones, dado que los mismos tienen un procedimiento especial establecido en la ley 11.683. Entre los actos susceptibles de este remedio procesal se encontrarían: las liquidaciones de anticipos y otros pagos a cuenta, sus intereses y actualizaciones, los intereses resarcitorios previstos en el artículo 37 de la ley 11.683, las liquidaciones administrativas de actualización, cuando no se discutan la procedencia del gravamen y las resoluciones que fijen el domicilio fiscal del contribuyente. Ver GÓMEZ, TERESA y FOLCO, CARLOS MARÍA, *Procedimiento Tributario*, Buenos Aires, La Ley, 2006, 4ª ed. actualizada y ampliada, p. 354 y ss.

¹²⁴ No obstante lo precedentemente expuesto, algún autor considera que “...el propósito perseguido con la incorporación del artículo 74 a la ley de Procedimiento Tributario es habilitar un desvío para evitar la aplicación de la ley de Procedimientos Administrativos 19.549 que contempla un número mayor de vías recursivas, con su consecuente efecto suspensivo, y habilita la apertura a prueba sobre los hechos alegados —situación prohibida en el recurso residual—. Los fundamentos críticos se amplían cuando se enuncia que “durante más de veinte años se birló a los contribuyentes de una vía legal de recurso y se la sustituyó por otra hecha a la medida de los intereses del Fisco. Es curioso, entonces, que no haya habido cuestionamientos sobre esta estratagema que es crítica en lo relativo al derecho de defensa y la garantía del debido proceso.” BERTAZZA, HUMBERTO y DIAZ ORTIZ, JOSÉ A. “*Propuestas en torno a un futuro estatuto del contribuyente*,” XXIX Jornadas Tributarias del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas –Comisión N° 1 “Estatuto del contribuyente,” Mar del Plata, noviembre de 1999, citado por GÓMEZ, TERESA y FOLCO, CARLOS MARÍA, *op. loc. cit.*

¹²⁵ Ver D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, en especial p. 42 y ss., p. 68 y ss. y p. 159.

fue el art. 40 del decreto-ley 22.140/80,¹²⁶ según el cual “Contra los actos administrativos que dispongan la cesantía o exoneración del personal amparado por la estabilidad prevista en este régimen, se podrá recurrir por ante la Cámara Nacional de Apelaciones o Salas, en su caso, con competencia en lo Contencioso-Administrativo de la Capital Federal.” En materia de empleo público la ley 25.164 otorga un recurso directo ante la Cámara (art. 40 y ss.) contra *todas* las sanciones del sistema, lo cual importa el mantenimiento de la línea de preservar la sencillez de acceso a la tutela judicial, aunque se prive de una instancia al agente. En los recursos directos, hay Salas de la Cámara Federal con competencia en materia administrativa que, correctamente, abren la causa a prueba, pues se trata de la única instancia judicial ordinaria prevista en el sistema.¹²⁷ Lamentablemente, no es la regla.

15.2. *No se requiere acto firme*

Conforme a la norma anteriormente glosada, no se exige hoy en día que el acto extintivo de la relación de empleo público se encuentre “firme,” obviando así un problema superfluo de interpretación. Basta que exista un acto sancionatorio para que el agente público acceda a la vía judicial.

15.3. *No se requiere intervención previa del agente para que esté agotada la vía administrativa*

En el art. 35 de la ley 25.164 hay supuestos en los cuales no se exige sumario: apercibimiento, suspensión hasta diez días y cesantía según los incs. a), b) y c) del art. 32. En tales casos, si bien no hay necesidad de hacer formal sumario administrativo previo, sigue siendo aplicable el principio de la previa audiencia, conforme a la norma general del art. 18 de la Constitución nacional.

16. *Reconsideración y aclaratoria*

Dado que en la reconsideración puede cuestionarse tanto la ilegitimidad como la inconveniencia o inoportunidad del acto, puede pedirse la reforma o sustitución del acto, o su aclaración.¹²⁸ Por ello resulta inconveniente que el reglamento nacional haya intentado hacer del pedido de aclaratoria una hipótesis distinta de recurso, con fundamentos particulares, plazo diverso, nombre propio, diferente supuesto de acto impugnado y ninguna consecuencia jurídica especial. No obstante, se ha dicho que la interposición de la aclaratoria suspende el plazo para deducir otros

¹²⁶ Ver YOUNG, CARLOS A. M. y BIANCHI, *Régimen Jurídico Básico de la Función Pública*, Buenos Aires, 1990, p. 148 y ss.; BARÓ, DAISY, *La relación de empleo público*, Buenos Aires, FDA, 1982.

¹²⁷ CNFed. CA, Sala V, *Banco Regional del Norte Argentino, LL*, 1997-D, 667, con nota de CASAGNE, “La apertura a prueba en los llamados recursos judiciales directos.”

¹²⁸ La PTN, *Dictámenes* 238:106, sin negar la posibilidad de que la administración pueda aclarar el acto cuya aclaración se pide en la reconsideración, debe tramitarse tal, no como aclaratoria.

remedios administrativos.¹²⁹ En la justicia una aclaratoria no suspende el término para la interposición del recurso extraordinario. En materia administrativa parece preferible interponer simultáneamente reconsideración y aclaratoria. Ello surge ahora del art. 102 del RN: “Dentro de los cinco (5) días computados desde la notificación del acto definitivo podrá pedirse aclaratoria cuando exista contradicción en su parte dispositiva,¹³⁰ o entre su motivación y la parte dispositiva o para suplir cualquier omisión sobre alguna o algunas de las peticiones o cuestiones planteadas. La aclaratoria deberá resolverse dentro del plazo de cinco (5) días.” Esta caracterización puede y debe ser soslayada mediante la reconsideración.¹³¹ Cabe decir que norma no dice que esté instituyendo un recurso de aclaratoria, distinto del recurso de reconsideración. Sin perjuicio de que la doctrina así lo ha interpretado y ha tratado este tema bajo el nombre de *recurso de aclaratoria*,¹³² puede interpretarse que se trata de un supuesto diferenciado de funcionamiento del recurso de reconsideración; claro está, es injustificada la diferenciación que la norma intenta introducir y propiciamos su derogación.

En consecuencia de lo expuesto, el funcionamiento del recurso de reconsideración (o aclaratoria) en esta hipótesis es el siguiente:

16.1. *Denominación*

Recurso de aclaratoria,¹³³ conforme al uso corriente, o de reconsideración como puede proponerse de *lege ferenda*. Pero, claro está, habría que modificar las normas para tener una mayor certeza o seguridad jurídica.

16.2. *Fuente*

Art. 102 de la reglamentación.

16.3. *Término para interponerlo*

Cinco días.

¹²⁹ ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 166.

¹³⁰ Dicha causal se superpone con la establecida para el recurso de revisión en el art. 22, inc. a) del decreto-ley 19.549/72: “Podrá disponerse en sede administrativa la revisión de un acto firme: a) Cuando resultaren contradicciones en la parte dispositiva, háyase pedido o no su aclaración.”

¹³¹ Así, p. ej., en GAMBIER, BELTRÁN y HALPERÍN, DAVID, *La Notificación en el Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 42.

¹³² HERNÁNDEZ, *op. cit.* (en nota 3.4), p. 1297; FIORINI, *op. cit.* (en nota 3.4), p. 1289. Por su parte PEARSON, *op. cit.*, p. 151, no lo considera un recurso sino una vía, lo cual no soluciona el problema de falta de unidad del régimen. Comp. SARMIENTO GARCÍA, JORGE H. y PETRA RECABARREN, GUILLERMO M., *Ley de procedimiento administrativo de Mendoza*, Mendoza, 1973, pp. 221-2; ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1975, pp. 394 y 482. Niegan la índole recursiva de esta figura ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 166; HUTCHINSON, “La «aclaratoria» en el procedimiento administrativo nacional,” *ED*, 127: 755. Hemos utilizado la expresión *supra*, t. 3, cap. XII, “Modificación del acto administrativo,” § 5, “Aclaración.”

¹³³ La Procuración del Tesoro de la Nación lo denomina indistintamente “recurso de aclaratoria” o “aclaratoria”. Ver dictámenes 208:46, 208:247.

16.4. *Legitimación*

Derecho subjetivo o interés legítimo, o el derecho de incidencia colectiva previsto en el art. 43 de la Constitución.¹³⁴

16.5. *Motivos de impugnación*

Solamente contradicción en la parte dispositiva o con los considerandos y omisión de tratar alguna de las “peticiones o cuestiones planteadas.”¹³⁵ Desde luego, a fin de interpretar armónicamente el régimen recursivo, no podría pretenderse que en el recurso de reconsideración y luego en el jerárquico, no pueda el particular también cuestionar la validez del acto por su contradicción o por su omisión de resolver. El pedido de aclaratoria no es obligatorio interponerlo y puede optarse por plantearse en los demás recursos reglados procedentes.

16.6. *Ante quién se presenta*

Lógicamente, ante la misma autoridad que lo emitió, la única que puede “aclarar” el sentido de su propio acto.¹³⁶

16.7. *Contra qué actos procede*

16.7.1. *En razón del tipo de acto:* procede sólo contra actos definitivos, conforme la norma citada; contra un acto interlocutorio procedería, según este criterio, la reconsideración, pero no la aclaratoria. Este juego de palabras se ocasiona en el propio reglamento y es una demostración más de la necesidad de unificar los recursos en uno sólo, ordinario; o al menos no distinguir distintos supuestos de reconsideración.

16.7.2. *En razón del órgano del cual emana:* es de recordar que el art. 100 determina que las decisiones definitivas que el P.E. nacional, los ministros o los secretarios de la Presidencia de la Nación dictaren en recursos administrativos y que agoten las instancias de esos recursos, “sólo serán susceptibles de la reconsideración.” En función de ello estos actos no son ya impugnables mediante recurso de aclaratoria, pero nada impide subsumir esta petición en una reconsideración. Respecto de los actos del Jefe de Gabinete caben las mismas conclusiones.

16.8. *Órgano competente para resolverlo*

Sólo la misma autoridad de que procede un acto puede aclararlo.¹³⁷

¹³⁴ Ver nuestro art. “La legitimación,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, op. cit., p. 441 y ss. y *supra*, t. 2, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva,” III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva” y IV, “El interés legítimo.”

¹³⁵ Ampliar en CANOSA, op. cit., p. 261 y ss.

¹³⁶ *Supra*, t. 3, cap. XII, § 4, “Modificación de actos válidos. Rectificación o corrección material” y 5, “Aclaración.”

¹³⁷ *Supra*, t. 3, cap. XII, § 4 y 5.

16.9. *Término para resolverlo*

Está fijado en cinco días (art. 102 del reglamento nacional).¹³⁸

16.10. *Denegación tácita*

Puede considerarse denegado tácitamente en caso de que no haya pronunciamiento en el plazo de cinco días.¹³⁹

17. *Reconsideración y rectificación*

Hemos analizado la rectificación como modificación del acto administrativo.¹⁴⁰ Señalamos que la corrección o rectificación sólo puede ser dispuesta por el mismo órgano que dictó el acto, pues si el error es declarado por una autoridad diferente ya estaremos en una hipótesis de extinción, reforma o sustitución del acto, antes que de una corrección de errores materiales deslizados en su emisión o instrumentación.

Por ello consideramos que también constituye una suerte de recurso de reconsideración¹⁴¹ el medio de provocar la corrección material del acto contemplado en el art. 101 de la reglamentación, cuando dice que “En cualquier momento podrán rectificarse los errores materiales o de hecho y los aritméticos, siempre que la enmienda no altere lo sustancial del acto o decisión.”¹⁴² Tendríamos así las siguientes notas de este procedimiento recursivo.

17.1. *Denominación*

Recurso de reconsideración, con motivo de rectificación o corrección material del acto. Si se prefiere, “recurso de rectificación.”

17.2. *Fuente*

Art. 101 de la reglamentación.

¹³⁸ En el régimen de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el plazo para resolver es de diez días (artículo 121 LPACABA).

¹³⁹ Comp. ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 166, quienes expresan –con cita de HUTCHINSON, “La «aclaratoria» en el procedimiento administrativo,” *ED*, 127: 755, 757– que “no hay denegatoria tácita en la aclaratoria” por considerar inútil la denegatoria por vía de silencio toda vez que, o se aclara el acto o no, quedando tal cual fue emitido.

¹⁴⁰ *Supra*, t. 3, cap. XII, § 4 y 5.

¹⁴¹ Comp. HUTCHINSON, “Rectificación...,” *op. cit.*, para quien la rectificación de errores materiales “no puede considerarse un recurso porque: a) la puede hacer el propio órgano sin intervención del particular; b) si es a pedido de parte, no sirve para enmendar un defecto de “volición” como ocurre con los recursos, sino que sirve para enmendar un defecto de expresión.” Para el llamado recurso de rectificación de errores materiales francés ver RIVERO, JEAN y WALINE, JEAN, *Droit Administratif*, París, Dalloz, 1996, 16ª ed., p. 206.

¹⁴² En sentido similar el art. 105, inc. 2º de la ley española establece: “Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.” Ampliar en GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, t. II, p. 1661.

17.3. *Término para interponerlo*

No tiene limitación temporal, ni siquiera le resulta aplicable la prescripción o la caducidad de la acción o del recurso.¹⁴³

17.4. *Legitimación*

Tanto derecho subjetivo como interés legítimo y los derechos de incidencia colectiva que tutela la Constitución de 1994. Esto último es así tanto en el orden federal como en los órdenes provinciales y municipales, por la obvia jerarquía normativa de la constitución federal.

17.5. *Motivos de impugnación*

Los motivos de impugnación de estos recursos son solamente errores materiales que se puedan haber deslizado en el acto, tales como errores numéricos, aritméticos, patronímicos, geográficos, gramaticales, de puntuación, de acentuación, tipeo, traducción, etc.

17.6. *Ante quién se presenta*

La misma autoridad que lo emitió. Si no lo resuelve, procede un amparo por mora. Una vez producido el acto, a nuestro criterio se reabre la vía judicial para impugnarlo en cuanto al fondo. No conocemos antecedentes al respecto.

17.7. *Contra qué actos procede*

17.7.1. *En razón del tipo de acto*

Sigue la regla del recurso de reconsideración, no de la aclaratoria y puede por lo tanto pedirse la rectificación de actos definitivos o interlocutorios así como la de los asimilables a definitivos.

17.7.2. *En razón del órgano del cual emana*

El art. 100 ya citado parece excluir *prima facie* otra forma de impugnación administrativa de los decretos y resoluciones ministeriales que resuelven otros recursos.

Creemos, sin embargo, que la falta de limitación temporal de la rectificación permite ubicarla como modo excepcional de funcionamiento del recurso de reconsideración, que sería de todos modos procedente. La exclusión del art. 100, en otras palabras, sólo se refiere a los recursos ordinarios en situaciones normales y puede así pedirse rectificación por reconsideración del acto de cualquier órgano de la administración.

¹⁴³ En igual sentido HUTCHINSON, "Rectificación...", *op. cit.*, p. 933.

17.8. *Órgano competente para resolverlo*

La misma autoridad que emitió el acto.

17.9. *Término para resolverlo*

Nos remitimos a lo dicho en el § 16.9, “Término para resolverlo” al tratar del recurso de aclaratoria, con la puntualización que adelantamos en el § 17.6, “Ante quién se presenta.”

17.10. *Denegación tácita*

Iguales consideraciones, con la salvedad de que la denegación en este caso supone que la autoridad reitera que su acto no tiene error material alguno.

18. *Reconsideración y revisión*

El art. 22 del decreto-ley 19.549/72, en forma asistemática en relación al resto de los remedios administrativos que fueron incluidos en la reglamentación, contempla varios supuestos¹⁴⁴ de revisión del acto administrativo firme y señala el término para pedirlo: “Podrá disponerse en sede administrativa la revisión de un acto firme: “a) cuando resultaren contradicciones en la parte dispositiva, háyase pedido o no su aclaración; “b) cuando después de dictado se recobraren o descubrieren documentos decisivos cuya existencia se ignoraba o no se pudieron presentar como prueba por fuerza mayor o por obra de tercero; “c) cuando hubiere sido dictado basándose en documentos cuya declaración de falsedad se desconocía o se hubiere declarado después de emanado el acto; “d) cuando hubiere sido dictado mediante cohecho, prevaricato, violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta o grave irregularidad comprobada. El pedido deberá interponerse dentro de los diez (10) días de notificado el acto en el caso del inciso a). En los demás supuestos podrá promoverse la revisión dentro de los treinta (30) días de recobrase o hallarse los documentos o cesar la fuerza mayor u obra de tercero; o de comprobarse en legal forma los hechos indicados en los incisos c) y d).”

No dice el articulado que se trate de un recurso, ni quién lo resuelve, o en qué plazo, etc. La doctrina argentina ha interpretado esta norma en el sentido de que ella instituye un *recurso* de revisión, como medio autónomo y diverso de los demás existentes.¹⁴⁵ Sin embargo, aunque esa concepción está vigente en el

¹⁴⁴ En una enumeración taxativa según ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 160; PTN, *Dictámenes*, 111: 259; 115: 366; 118: 112; 192: 42, allí citados.

¹⁴⁵ FIORINI, “Los recursos...,” *op. ult. cit.*, p. 1289; HERNÁNDEZ, “Los recursos administrativos,” *LL*, 147: 1290, 1297; PEARSON, *op. cit.*; ESCOLA, *Tratado general de procedimiento...*, *op. cit.*, p. 438, p. 373 y ss.; CASSAGNE, “Ley nacional de procedimiento administrativo N° 19.549,” *ED*, 42: 835, 842; DOCOBO, JORGE J., “La primera reforma del procedimiento administrativo,” *JA*, Doctrina, 1973, 703; CAMPOLIETI, FEDERICO, “El recurso de revisión,” en TAWIL, *op. cit.*, p. 442. Ver *supra*, § 3.4, “Motivos de impugnación” *in fine* y notas 3.8 y 3.9.

derecho español,¹⁴⁶ no ha sido consagrada expresamente en nuestro decreto-ley, el cual ni siquiera emplea la terminología de *recurso*, sino que habla de que podrá disponerse y pedirse respectivamente la revisión del acto en los supuestos que enuncia. A ello cabe agregar que interpretar que estamos aquí ante otro recurso más, diferente del resto, no hace sino contribuir a exacerbar la asistematicidad del régimen, con evidente perjuicio metodológico. Entendemos por ello más adecuado interpretar que el decreto-ley no hace sino legislar sobre *supuestos* de revisión del acto, los que tramitarán por la vía del recurso de reconsideración y jerárquico en subsidio, que son los recursos ordinarios y principales de la actual reglamentación. Con esta interpretación se subsana una aparente omisión y consiguiente crítica que ha señalado la doctrina, en el sentido de no estar expresamente contemplado, p. ej., el término de denegación¹⁴⁷ u otros aspectos formales. En esta tesitura, ello no hacía falta, pues sólo se requería regular aquello en que se modificaba específicamente el modo de funcionamiento de los recursos ordinarios. Con tales aclaraciones previas, exponemos ahora sucintamente las características de funcionamiento del recurso de reconsideración o en su caso del jerárquico, en los supuestos relativamente excepcionales de revisión de actos firmes.

18.1. *Denominación*

Recurso de reconsideración y en su caso jerárquico, por motivos de revisión; o, para otros autores, recurso de revisión.

18.2. *Fuente*

Art. 22 del decreto-ley.¹⁴⁸

18.3. *Término para interponerlo*

18.3.1. Cuando se impugna el acto por contradicciones en su parte dispositiva, diez días.

18.3.2. En los demás supuestos de los incs. *b)* a *d)* del mismo art. 22, el plazo es de treinta días contados a partir del momento en que se recobrasen o hallasen los documentos perdidos o ignorados, o que cesase la fuerza mayor u obra de un tercero que impidiera la presentación como prueba de tales documentos. Otros de los supuestos en que se realiza el señalado computo normativo es el de comprobarse “en legal forma” que un acto fue dictado sobre la base de documentos luego declarados falsos, o por cohecho, prevaricato, violencia, etc., “o cualquier

¹⁴⁶ El actual art. 118 de la LPA española lo llama “recurso extraordinario de revisión.” Para un comentario de la precitada norma (y del art. 119, por reglar ambos esta figura), ver GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, p. 1768 y ss. y p. 1781 y ss. La terminología es similar en Italia: VERBARI, *op. cit.*, cap. XIII, § 94, p. 441.

¹⁴⁷ Así PEARSON, *op. cit.*, p. 98; 3ª ed., 1990, p. 117.

¹⁴⁸ En Costa Rica, art. 353; Honduras, art. 141; Perú, art. 210; Venezuela, art. 84.

otra [...] grave irregularidad comprobada.” Esta última causal es como se advierte de gran amplitud y permite incluir otros supuestos no enunciados en los incisos precedentes.¹⁴⁹ La enumeración indicada, por ende, no tiene carácter taxativo.¹⁵⁰ Debe tenerse presente que la revisión es el medio idóneo para reparar injusticias históricas, errores judiciales cuando ha pasado mucho tiempo, etc.: su razón de ser es la vigencia del principio de la verdad material y la justicia natural, más allá y por encima de la verdad formal. Su interpretación y aplicación debe ser, pues, necesariamente amplia.

18.4. *Legitimación*

Derecho subjetivo o interés legítimo.

18.5. *Motivos de impugnación*

Los enunciados en los inc. *a), b), c), d)*, del art. 22 y cualquier otro que pueda constituir “una grave irregularidad comprobada.”

18.6. *Ante quién se presenta*

La misma autoridad que lo emitió.

18.7. *Contra qué actos procede*

18.7.1. *En razón del tipo de acto*: sólo contra actos definitivos, según surge del contexto del art. Debe además tratarse de un acto “firme,”¹⁵¹ por lo que deben haber transcurrido los términos para impugnar el acto, o haberse agotado previamente otros medios administrativos de impugnación.

18.7.2. *En razón de la autoridad que lo emitió: cualquier autoridad.*

18.8. *Órgano competente para resolverlo*

La misma autoridad que lo emitió y en su caso el órgano competente para resolver el recurso jerárquico.

18.9. *Término para resolverlo y denegación tácita*

Los del recurso de reconsideración o en su caso jerárquico.

¹⁴⁹ Como dice FIORINI, “Los recursos...,” *op. cit.*, p. 1289: “Esta última causal por su extensión exhibe un rico contenido donde los valores de la honestidad, de la corrección y la ética administrativa tienen gran importancia.”

¹⁵⁰ La última hipótesis de revisión mentada por el decreto-ley 19.549/72 (“Cualquier otra [...] grave irregularidad comprobada”) no existe en otros ordenamientos: VERBARI, *op. cit.*, § 94, pp. 440-5.

¹⁵¹ BALBÍN, *op. cit.*, p. 693, indica que en el supuesto del inc. *a)* del art. 22 el acto no está firme, toda vez que solamente han transcurrido diez días o menos desde su notificación.

Capítulo X

EL RECURSO JERÁRQUICO¹

1. Concepto y terminología

Conceptualmente, recurso jerárquico² sería todo medio jurídico para impugnar un acto³ ante un superior jerárquico del órgano que dictó el acto.

1.1. El régimen anterior

Mucho antes de 1972, el recurso jerárquico *stricto sensu* (también llamado, por ese entonces, recurso jerárquico propio o mayor, o recurso jerárquico a secas) era el que se interponía ante el Poder Ejecutivo contra un acto de sus órganos dependientes. El recurso ante el Poder Ejecutivo contra los actos de entidades descentralizadas era el denominado recurso jerárquico *impropio*.⁴

Fue, durante una larga época un método excepcional, pero muy importante, de tutela. Fue también la estrella de la doctrina comparada y nacional, que dedicó numerosos libros a su análisis. Pero el tiempo ha ido demostrando la imposibili-

¹La bibliografía sobre el tema es copiosísima, desde nuestra 1ª ed. de 1964 y nuestro art. “Algunos aspectos del recurso jerárquico en la práctica administrativa actual”, *JA*, 1965-I, p. 3 y ss. La selección bibliográfica deviene lamentablemente indispensable. Pedimos disculpas a los múltiples colegas que por este motivo debemos omitir en las referencias de pie de página.

²“Llamado también «recurso de apelación» en Colombia, Perú y Honduras y «recurso de alzada» en Costa Rica.” BREWER-CARIAS, ALLAN R., *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, décima parte, sec. II, § 3, p. 308; en el procedimiento impositivo argentino se llama reconsideración a un recurso para ante el superior, que obviamente es también jerárquico. En nuestro país también se distingue entre recurso jerárquico mayor y menor. Es necesario estar alerta contra las confusiones terminológicas, como para toda la materia lo explicamos en el t. 1, cap. I.

³Acto administrativo, reglamento o contrato administrativo: ver *infra*, § 5.3, “En razón del tipo de acto.” Ver PERRINO, PABLO E., “El recurso jerárquico en el ámbito nacional,” en UNIV. AUSTRAL, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Rap, Buenos Aires, 2006, pp. 417-35.

⁴Como explica MATA, existía una firme vinculación del recurso –hoy– de alzada y el recurso jerárquico, ampliar en MATA, ISMAEL, “El recurso de alzada contra las decisiones de los entes reguladores de servicios públicos,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *op. cit.*, pp. 887-98, esp. pp. 887-8. Ver, asimismo, y entre otros, ABERASTURY, PEDRO (H.) y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 158. Ver RN, art. 88.

dad de que el Poder Ejecutivo, sus ministros o secretarios ejerzan esta función y ha ido creciendo la idea de privilegiar el acceso directo al control judicial.⁵ Ello tiene ventajas: la justicia se siente más comprometida cuando debe decidir sobre la validez de un decreto del Poder Ejecutivo y en cambio más descomprimida y por ende más imparcial e independiente, cuando juzga actos de inferior rango.

1.2. *El régimen actual*

Al establecerse en 1972 que el recurso de reconsideración llevaba implícito de pleno derecho el jerárquico,⁶ terminó unificando los medios, a los efectos prácticos de la necesidad de interponer uno u otro, o ambos. En la actualidad el recurso jerárquico procede como regla no ya ante el Poder Ejecutivo sino —en principio y ante lo prescripto expresamente en la reglamentación— ante los ministros y secretarios de la Presidencia de la Nación y sólo excepcionalmente llega a conocimiento y decisión del Jefe de Gabinete o del Presidente.⁷ En cualquier caso, se discute si el recurso jerárquico contra el acto de un ministro debe resolverlo el Jefe de Gabinete o el Poder Ejecutivo. La Procuración del Tesoro de la Nación ha opinado lo segundo,⁸ lo que ha dado lugar a la crítica de COMADIRA.⁹ En realidad, cabe aspirar a que la resolución ministerial se considere que agota la vía

⁵ Ver D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. VI, “La propuesta,” p. 157 y ss, esp. p. 159.

⁶ RN, art. 88.

⁷ A ello cabe agregar la denuncia de ilegitimidad prevista en el art. 1º, inc. e), ap. 6º, segunda parte, del decreto-ley 19.549/72, que entre otros analiza COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Procedimiento Administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1996, p. 56 y ss.; *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario al art. 1º, § 3.2, p. 68 y ss.; *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. VIII, pp. 199-216. COMADIRA, siguiendo en este punto a MARIENHOFF, consolidó las bases doctrinarias que finalmente triunfaron en la realidad, contra el avance que había supuesto la creación pretoriana de dicho instituto por la Procuración del Tesoro de la Nación. Ahora, con sustento doctrinario y normativo, la realidad ha tenido un retroceso posiblemente irreversible en el corto o mediano plazo, en esta materia concreta. Por ello es que desde hace varias ediciones ya no dedicamos un capítulo al tratamiento del tema de la denuncia de ilegitimidad: Lamentablemente, muy lamentablemente, pertenece al pasado.

En el ámbito de los entes reguladores de servicios públicos y siempre que se trate de actos de alcance particular, se aplica también el recurso jerárquico siempre que el acto impugnado no haya sido dictado por el órgano superior del ente. Ver al respecto CICIERO, NIDIA KARINA, “El Procedimiento Administrativo en los Entes Reguladores de los Servicios Públicos” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 547 y ss.

⁸ En este sentido la Procuración ha sostenido que el recurso jerárquico interpuesto, debe ser resuelto mediante un decreto del Presidente de la Nación (*Dictámenes*, 236: 49 y 58) y no por decisión administrativa emanada de la Jefatura de Gabinete (*Dictámenes*, 233: 197 y 200), correspondiendo en dicho caso la ratificación por decreto del Poder Ejecutivo, ya que dicha decisión ha sido dictada mediando incompetencia en razón del grado (*Dictámenes*, 236: 147.) Ello es así, aún después de la reforma constitucional de 1994 (*Dictámenes*, 236: 212.)

⁹ COMADIRA, RAP, 234: 33 (Buenos Aires, 1998); este criterio fue antes enunciado por MERTEHIKIAN, EDUARDO, “El Jefe de Gabinete,” en *El derecho administrativo*, Hoy, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 147 y ss., 157. El dictamen de COMADIRA da cuenta de todo lo escrito al respecto.

administrativa y deja expedita la revisión judicial del acto. En la práctica, en efecto, una resolución ministerial casi necesariamente expresa la decisión que finalmente ratificará también el Poder Ejecutivo.

1.3. *La tendencia propuesta (¿o real?)*

La tendencia será el acceso directo a la revisión judicial,¹⁰ pues toda la evolución histórica lleva a liberar al Presidente de cuestiones puntuales que la justicia se halla en condiciones de atender. No parece que el Jefe de Gabinete tenga jerarquía real sobre los demás ministros. Ya en el año 1973 se restringió el acceso al Presidente de estos recursos, sobre la base implícita de que su avanzada edad y precario estado de salud hacía absurdo cargarle estas cuestiones. Pero en el 2000 la tendencia sigue con el decreto 105/00, que establece que el Ministerio de Trabajo decidirá en sede administrativa todo lo relativo a los convenios colectivos de trabajo “sin perjuicio del control judicial suficiente.” Si bien la norma no es un paradigma de precisión, es inequívoca la conclusión de que contra tales decisiones no procede ya el recurso jerárquico sino solamente la vía judicial directa. Es un paso más en la buena dirección, si se tiene en cuenta que es el mismo titular que en la Ciudad vetó una ley local 99 porque no admitía la alzada ante él contra los actos del Ente Único Regulador de los Servicios públicos, pero finalmente aceptó y promulgó la ley 210, cuyo art. 23 precisamente consagra la tendencia actual en que se mueve el orden jurídico: “No procede el recurso de alzada en sede administrativa contra los actos que dicta el Ente con carácter definitivo.”

La tradición terminológica que gobernaba el empleo de la expresión “recurso jerárquico” vino a quedar plasmada con las reformas posteriores, que culminan con la actual vigencia de una virtual figura recursiva única, acorde con la finalidad que inspiró el dictado del decreto 1883/91, a fin de liberar a los particulares de tener que recorrer “un verdadero camino de obstáculos y de trampas.”¹¹ Tal es el recurso previsto en los arts. 88 y 89 de la reglamentación nacional, que instauran un medio de impugnación en vía jerárquica dirigido a los ministros o a los secretarios de la Presidencia, o al Poder Ejecutivo según los casos, contra actos de autoridades inferiores de la administración central. El mismo recurso

¹⁰ En igual sentido D'ARGENIO, *La justicia...*, op. cit., cap. VI, p. 159 y cap. II, § 16, “Carácter facultativo del recurso jerárquico incorporado en nuestro país en 1933: no se estableció como condición previa para demandar,” pp. 50-2. En materia de transgresiones o infracciones a las disposiciones legales y reglamentarias que incurran los prestatarios de servicios públicos de autotransporte, art. 8° de la ley 21.844 estableció: “el infractor sancionado con multa podrá, a su opción, apelar directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, o interponer recurso de reconsideración con el que quedará definitivamente cerrada la vía administrativa” y abierta, en su consecuencia, la vía judicial en primera instancia. La norma se refiere, desde luego, a la interposición y agotamiento del recurso de reconsideración, por denegación expresa o tácita, a opción del interesado. Es una solución favorable a los prestatarios que debería extenderse a todos los individuos.

¹¹ CANOSA, ARMANDO N., “El procedimiento administrativo en la Reforma del Estado,” *ED*, 169: 1293, 1302.

jerárquico funciona a nivel interno dentro de las entidades descentralizadas, cuando es necesario agotar esa instancia o vía administrativa antes de acudir directamente a la justicia y el recurso de reconsideración lleva implícito tanto el jerárquico como la alzada, según corresponda. Por ello, interpuesta en su término de diez días, la reconsideración es el medio apto, en este sistema normativo–jurisprudencial y por ahora, para agotar la vía administrativa y acceder luego a la judicial. Claro está, sabiéndolo llevar.¹² Se advierte en el derecho comparado una tendencia a limitar el recurso jerárquico en favor del control jurisdiccional. En Italia ya existen numerosos casos en los cuales el recurso jerárquico es improcedente y el ministro carece de facultades de revocación, reforma o avocación sobre el acto del inferior,¹³ a lo que cabe agregar que el recurso jerárquico es ahora de instancia única. Así como no cabe de antaño la reconsideración contra un acto ya reconsiderado, tampoco cabe un nuevo recurso jerárquico contra la decisión en vía jerárquica de uno anterior. En los casos en los que hay varios grados de jerarquía, “el recurso jerárquico es admitido una vez solamente y por ello, contra la decisión emitida por el órgano inmediatamente superior, no puede interponerse una vez más el recurso jerárquico, porque la decisión sobre el recurso jerárquico tiene carácter definitivo.”¹⁴ En suma, la tendencia es, o debería ser, como explicamos a lo largo de este tomo, establecer la opción de acudir directamente a la justicia, sin necesidad de utilizar éste o ningún otro recurso administrativo, que quedaría entonces como meramente potestativo.

1.4. *Un vistazo al derecho norteamericano.*¹⁵

La idea de que un superior pueda revisar la decisión anterior, también se halla en el procedimiento administrativo de los Estados Unidos: se lo denomina «revisión administrativa de la decisión del juez de derecho administrativo», y corresponde a una revisión del orden interno, a diferencia de la revisión judicial. Ésta última

¹² Esta salvedad muestra otro de los retrocesos del derecho administrativo y del procedimiento administrativo argentino: Su gran informalidad de hace algunos años se ha transformado en un instrumento otra vez de especialistas. La cantidad de publicaciones sobre la materia, en vez de ayudar a los abogados no iniciados, termina confundiéndolos. La cuestión, pues, aparece totalmente invertida respecto de lo deseable para la sociedad. Cabe a ello sumar la constante evolución e involución de estos temas, que acompaña la evolución e involución del desarrollo político y cultural argentino.

¹³ Así en el caso de la actividad “dirigencial,” según el decreto-ley 29/93 y el decr. 80/93: VIRGA, PIETRO, *Diritto amministrativo*, vol. 2, *Atti e ricorsi*, Milán, Giuffrè, 1999, 5ª ed., pp. 190-2, § 1 y notas 2 y 4.

¹⁴ VIRGA, *op. cit.*, p. 193.

¹⁵ Se ha puesto de moda denostar el derecho norteamericano: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *LL*, 2010-A, 1303-6, nota bibliográfica al libro de CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, donde elogia la “españolidad” de este autor. Ver lo que decimos en “Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality,” en prensa en una obra colectiva a ser publicada en Gran Bretaña, sobre la base del seminario realizado en París en el año 2008. Por nuestra parte, recurrimos también al derecho canadiense, inglés, australiano, etc., tratando de sugerir lo que nos parece adecuado. No tenemos prejuicios con el derecho comparado ni con la experiencia.

recae sobre la decisión (“final”) de *agency head*, esto es, la decisión de máximo funcionario de la *agency* (o su delegado), y no sobre la decisión del juez de derecho administrativo.¹⁶

Se trata de una revisión en una sola instancia administrativa, que no aparece como un derecho constitucional,¹⁷ que no se halla exigida en la ley de procedimientos administrativa federal, y que juega un importante papel porque la autoridad que revisa la decisión anterior puede reabrir el procedimiento y recabar nuevas pruebas.¹⁸

2. Utilización

2.1. Recurso de reconsideración y recurso jerárquico

Conforme al art. 89 de la reglamentación, para interponer el recurso jerárquico “No será necesario haber deducido previamente recurso de reconsideración;” pero si se hubiese interpuesto el recurso de reconsideración, éste lleva implícito de pleno derecho el recurso jerárquico en subsidio. El interesado puede entonces utilizar primero el recurso de reconsideración, —si reacciona a tiempo en diez días hábiles— y con ello *no* pierde el recurso jerárquico sino que, al contrario, *lo interpone de pleno derecho* y puede también interponer directamente el jerárquico —en sus quince fatales días, si se despierta a tiempo del letargo en que lo sume deliberadamente la administración—, sin previa reconsideración. Dada la escasa utilidad que a veces tiene la reconsideración, puede ser preferible emplear el jerárquico prescindiendo de aquélla; o acudir a la justicia si la instancia judicial se encuentra abierta.

Otra variante es la opuesta: interponer la reconsideración y tratar de aportar cuanta prueba producida privadamente pueda concebir y aportar cuanta alegación o argumentación tenga, tratando así de dejar preparado el expediente para causar buena impresión en cuanto al fondo el día que resuelva que debe ya iniciar la acción judicial es una cuestión de estrategia profesional. Estos mecanismos son fruto de la mezquindad de querer privarle en diez o quince días de la vía judicial, como resultado de *Gorordo y Romero*, varias veces recordados en este tomo cuarto.¹⁹ Así, la administración obliga a que le cocinen a fuego lento, en su propia salsa, aportando con su misma languidez y sin la presión formal de un juicio, toda la prueba que pueda ir recolectando privadamente. La administración, en lugar de forzarlo al juicio por la denegatoria expresa, esperará que el transcurrir del

¹⁶ *Welch v. Heckler*, 808 F.2d 264, esp. pp. 266-8 (3rd Cir. 1986); *Iran Air v. Kugelman*, 996 F.2d 1253, esp. pp. 1259-61 (D.C. Cir. 1993); *White v. Sullivan*, 965 F.2d 133, esp. p. 136 (7th Cir. 1992.)

¹⁷ *Guentchev v. INS*, 77 F.3d 1036, esp. p. 1037 (7th Cir. 1996.)

¹⁸ ASIMOW, MICHAEL (ed.), *A Guide to Federal Agency Adjudication*, Chicago, ABA, 2003, pp. 88-95, esp. p. 92.

¹⁹ *Supra*, cap. III, “Los recursos administrativos,” § 1.2, “Carga del administrado y privilegio incausado de la administración. Valladar para el acceso a la justicia” y § 18.3, “El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa.”

tiempo lo desgaste. Es un choque con el tiempo infinito por el Estado.²⁰ A veces el Estado pierde también los juicios de daños y perjuicios si el particular ha sido diligente y tiene tiempo y paciencia.²¹

2.2. Denegación tácita de la reconsideración

Se puede dar por denegado el recurso de reconsideración sin necesidad de pedir pronto despacho.²² No parecería entonces que la interposición de la reconsideración le ocasione especial *demora* en la eventual prosecución del recurso jerárquico. Ello no significa eficacia. Puede en algunos casos viabilizar una gestión conciliadora o transaccional o a la inversa, ser una oportunidad para que la administración solidifique, mejore y consolide su acto. Deberá, pues, el interesado evaluar frente a qué posible actitud administrativa se encuentra y obrar en consecuencia.

2.3. Recurso jerárquico con o sin reconsideración previa

Si el interesado interpone en forma directa el recurso jerárquico, acude en tal situación al ministerio del ramo o a la secretaría de la Presidencia correspondiente, omitiendo las escalas administrativas intermedias. Quien emplea la reconsideración puede seguir luego con el jerárquico ante la autoridad superior, una vez agotada la gestión con quien dictó el acto impugnado. En cambio, si articula el recurso jerárquico sin previa reconsideración, no puede ya intentar, al menos formalmente, obtener nueva decisión del órgano que dictó el acto.

3. Unidad o pluralidad de recursos en vía jerárquica

En el caso del recurso de reconsideración, en que evidentemente encontramos una variedad de supuestos de impugnación en que se recurría básicamente ante la misma autoridad contra su propio acto, creímos oportuno intentar unificar en el cap. IX todos esos “diversos” modos de impugnar un acto ante la misma autoridad. En lo que atañe a los remedios que funcionan en vía jerárquica puede decirse virtualmente lo mismo. Es la tendencia que ya anunciamos²³ hacia la unidad del recurso administrativo a fin de “lograr eficacia en los trámites” mediante la “eliminación de recursos administrativos superfluos” como lo ha recogido el Poder Ejecutivo nacional.²⁴ El derecho público provincial fue pionero de esta tendencia, que va progresando lentamente.²⁵

²⁰ Ver *supra*, cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento,” § 1.3, “La mutación normativa a través del tiempo,” 1.5, “La aplicación de los plazos de prescripción,” 14.1, “Primero, haber empezado,” 14.2, “El premio de los que vigilan,” en este cap. *infra*, § 9.2, “Es una espada de Damocles.”

²¹ *Mucho* tiempo, recursos, profesionalidad, paciencia y suerte, como explicamos en el t. 2, cap. XXI, “La responsabilidad del Estado en la práctica.”

²² Art. 87.

²³ *Supra*, cap. III, § 22, “Hacia la unidad del recurso administrativo.”

²⁴ Conf. cons. 14 del decreto 1883/91.

²⁵ Neuquén, decreto-ley 1.284/81, art. 182.

4. *Ante quién se interpone*

Si bien el recurso jerárquico está dirigido al ministro o secretario de la Presidencia, Jefe de Gabinete o al Poder Ejecutivo nacional, según el caso, su presentación no se efectúa ante dicha autoridad sino ante el órgano autor del acto impugnado.²⁶ Éste deberá elevarlo “dentro del término de 5 días y de oficio”²⁷ al órgano competente para resolverlo. Le son aplicables, por supuesto, las reglas generales acerca de las formas de presentación de los recursos administrativos.²⁸

Si el órgano inferior tuviere su propia mesa de entradas, no por ello debería considerarse mal interpuesto el recurso que se presente por la mesa de entradas del ministerio o secretaría de la Presidencia.

En tal caso corresponderá a estos girar las actuaciones al emisor del acto para que con su informe y los antecedentes del caso vuelva a elevar las actuaciones para su decisión por el superior.²⁹ Todo lo cual deberá hacerlo indefectiblemente en el mismo plazo de cinco días que prevé el art. 90.

5. *Contra qué actos procede*³⁰

5.1. *En razón del órgano*

El recurso jerárquico procede contra actos emanados de órganos de la administración central, incluso órganos desconcentrados pero no por lo tanto entes descentralizados.³¹

En la reglamentación anterior a 1972 no se podía interponer el recurso jerárquico *omisso medio*, esto es, directamente para ante el ministro o Poder Ejecutivo contra el acto de cualquier inferior, prescindiendo de las escalas intermedias. Ello significaba que el recurso jerárquico no era procedente contra el acto de una autoridad inferior a Director Nacional, General, o cargo equivalente.³²

En el sistema actual, atento que no se exige el agotamiento de las instancias intermedias y ni siquiera la previa reconsideración, el recurso jerárquico puede interponerse para ante el ministerio o secretaría de Presidencia directamente contra el acto de todo órgano dependiente, cualquiera sea su grado jerárquico.³³ Creemos que la modificación, que termina otorgando mayor flexibilidad al procedimiento, es adecuada.

²⁶ En igual sentido Perú, art. 209.

²⁷ RN, art. 90.

²⁸ *Supra*, cap. III, § 5 a 14.

²⁹ Conf. “El recurso jerárquico...” *op. cit.*, pp. 417-35, esp. p. 424.

³⁰ Ver, asimismo, GORDILLO, AGUSTÍN y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, 2ª ed., p. 535, y jurisprudencia administrativa allí citada.

³¹ En este segundo caso puede ser aplicable la alzada: *infra*, cap. XI, “Recurso de alzada.”

³² Dijimos así en la segunda edición, de 1971, que “el acto real e inmediatamente impugnado mediante recurso jerárquico es aquel que proviene —expresamente o por denegación tácita— de una autoridad con jerarquía no inferior a Director Nacional” (*op. cit.*, p. 426.)

³³ FIORINI, BARTOLOMÉ A., “Los recursos en la ley de procedimientos administrativos de la Nación,” *LL*, 147: 1278.

5.2. *En razón de la materia*

Puede impugnarse cualquier aspecto del acto; no cabe distinguir entre actos administrativos y supuestos actos de derecho privado de la administración,³⁴ distinción que no encontramos en el decreto-ley 19.549/72, el cual es aplicable a todos los actos de la administración central conforme su art. 1º. No hay, por ende, exclusión alguna en razón de la materia.³⁵

5.3. *En razón del tipo de acto*

5.3.1. *Acto administrativo en sentido estricto*

La solución del art. 89 es que se puede impugnar el acto administrativo en sentido estricto, o sea el unilateral e individual o particular y además definitivo³⁶ o asimilable a tal,³⁷ no así el acto administrativo interlocutorio,³⁸ ni tampoco los actos o medidas meramente preparatorias.³⁹ En una licitación pública, la preadjudicación suele ser impugnable, a texto expreso. Se pueden impugnar tanto las decisiones como las certificaciones o juicios productores de efectos jurídicos directos en cuanto al fondo⁴⁰ y no pueden excluirse del recurso supuestos actos internos de la administración,⁴¹ si es que producen efecto sobre el recurrente. También ciertos actos de contralor son impugnables mediante recurso jerárquico,⁴² a menos que de la ley de creación del órgano surja expresa o implícitamente su independencia respecto al Poder Ejecutivo.

5.3.2. *Contratos administrativos*⁴³

El criterio del decreto-ley, consustanciado con toda la tradición administrativa argentina, fue tutelar en sede administrativa no sólo el derecho subjetivo sino

³⁴ *Supra*, t. 3, cap. II, “El acto administrativo como productor de efectos jurídicos,” sección III, “Efectos públicos o privados del acto,” § 10, “Distinción entre los efectos públicos y privados de la actividad administrativa” a § 15, “Conclusión.”

³⁵ El art. 4º del decr.1883/91 excluye la alzada contra los actos “inherentes a la actividad privada” de las sociedades de propiedad total o mayoritariamente estatal, con lo cual queda abierta la vía judicial directa al igual que lo está en los casos que la alzada es procedente.

³⁶ En el sentido de acto que resuelve sobre el fondo de la cuestión planteada, no de acto que termine o cierre el procedimiento: *supra*, t. 3, cap. II, § 3.1, “Efectos provisionales y definitivos.”

³⁷ *Supra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. II, § 3.6, “Acto administrativo definitivo y acto administrativo asimilable a él.”

³⁸ Ver *supra*, t. 3, cap. II, § 3.3, “Actos interlocutorios y definitivos” y 3.5.2, “Diferencia en cuanto a las situaciones que originan las calificaciones.”

³⁹ Nota anterior, § 2, “Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico” y 3.4, “Actos o medidas preparatorias y actos interlocutorios o de mero trámite.”

⁴⁰ *Supra*, t. 3, cap. III, “La distinción entre acto y hecho administrativo,” § 6, “El acto administrativo como voluntad, conocimiento u opinión” y cap. II, § 6.2, “Certificaciones y opiniones productoras de efectos jurídicos directos. Registros e inscripciones.”

⁴¹ *Supra*, t. 3, cap. II, § 4, “Los efectos jurídicos pueden ser relativos a particulares, a funcionarios o entes administrativos;” sí están excluidos los actos interlocutorios: § 6.2.

⁴² *Supra*, t. 3, cap. II, § 5, “Quedan comprendidos los actos de contralor.”

⁴³ *Supra*, t. 1, cap. XI, “Clasificación de los contratos administrativos.”

también el interés legítimo. A ello cabe agregar, desde 1994, los derechos de incidencia colectiva que tienen tanto tutela judicial por todas las vías del ordenamiento y no sólo la administrativa,⁴⁴ sino incluso el amparo.⁴⁵ Tanto el particular co-contratante de la administración como los terceros afectados tienen derecho a impugnarlo ante la propia administración.⁴⁶ La vía recursiva no puede ser otra que la común existente para los actos administrativos. En especial, es procedente el recurso jerárquico.

5.3.3. *Reglamentos*⁴⁷

Los principios jurídicos aplicables y los recursos procedentes son los mismos si se trata de un acto de alcance general dictado para situaciones de hecho indeterminadas o indeterminables, repetibles a través del tiempo o no. No cabe hacer distinción entre los llamados actos de alcance general de contenido normativo y los actos generales pero no normativos,⁴⁸ como lo hace parte de la doctrina.⁴⁹ Esta aclaración ya la hemos desarrollado, a ella nos remitimos.⁵⁰

El art. 73 de la reglamentación parece condicionar la impugnación de los actos generales a su previa aplicación: “los actos administrativos de alcance [...] general, a los que la autoridad hubiere dado o comenzado a dar aplicación, podrán ser impugnados por medio de recursos administrativos en los casos y con el alcance que se prevé” en el título VIII del reglamento, “ello sin perjuicio de lo normado en el artículo 24, inciso a), de la Ley de Procedimientos Administrativos, siendo el acto que resuelve tal reclamo irrecurrible.” Debemos recordar que el inc. a) del art. 24 del decreto-ley establece que “el acto de alcance general será impugnabile por vía judicial: a) cuando un interesado a quien el acto afecte

⁴⁴ Ver “La legitimación,” en UA, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, CA, 1999, pp. 441-7.

⁴⁵ Ver los casos *Torello*, *Compagnie Générale...* y otros citados en el t. 2, caps. II y III.

⁴⁶ Tanto en su celebración, ejecución y extinción.

⁴⁷ *Supra*, t. 1, cap. VI, § 9, “El debido proceso como control de las demás fuentes del derecho” a 16, “Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo,” cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” § 9, “Concepto y clasificación de los reglamentos” a 17, “El reglamento como fuente del derecho administrativo.” Ver art. cit. en nota 43; RODRÍGUEZ LAULHE, MARÍA BELÉN y CALOGERO, MARÍA DE LAS MERCEDES, “Impugnación de los actos administrativos de alcance general,” *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 24: 3, Buenos Aires, 1995.

⁴⁸ Conf. HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley Nacional de procedimientos administrativos – Ley 19.549, Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 449; DIEZ, HORACIO PEDRO, “Vías de impugnación de los reglamentos, por reclamo y por recursos, en el procedimiento administrativo nacional,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento Administrativo*, op. cit., p. 90, quien recuerda que la Procuración del Tesoro de la Nación no ha efectuado distinción; *Reglamentos – Su impugnación en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, cap. 5, p. 55 y ss.

⁴⁹ GRECCO, CARLOS MANUEL, *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, cap. II; “Impugnación de reglamentos,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, op. cit., p. 69 y ss.

⁵⁰ Ver *supra*, t. 3, cap. IV, “Actos, reglamentos y contratos administrativos,” § 7, “La distinción entre el reglamento y el acto administrativo general.”

o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10.”⁵¹ El art. 83 expresa que tales actos podrán ser impugnados “aun mediante recurso en los casos en que éste fuere procedente.” La impugnación indirecta, a través del acto de aplicación, no presenta pues dudas. En cambio la impugnación directa ha motivado mayor debate.⁵² Prima el criterio de que no proceden los recursos en sentido estricto⁵³ sino el llamado reclamo administrativo impropio del art. 24, inc. a). Esta solución merecería reparos por disvaliosa para la defensa de los derechos e intereses de los administrados y para el propio interés público de que se revean y revoquen los actos ilegales. Igualmente, contrariaría la base del sistema del decreto-ley, que es la tutela en sede administrativa no sólo del derecho subjetivo sino también del interés legítimo⁵⁴ (y el derecho de incidencia colectiva a partir de la Constitución de 1994.)⁵⁵ A tal efecto es indistinto cuál es el acto que produce la lesión para hacer indispensable la tutela del derecho agraviado.⁵⁶ Pero es claro que *imponer* al administrado el deber de impugnar directamente un reglamento, le cargaría de trámites y formalidades innecesarios.⁵⁷ Por ello la norma vigente importa una transacción prudente en el camino evolutivo que transita el procedimiento administrativo. Obliga a una sola reclamación casi innominada como “reclamo impropio” en el art. 24, inc. a), cuya resolución será irrecurrible en sede administrativa. Eso adelanta el camino para dejar expedita desde el vamos la revisión judicial. Ése será el último paso de la evolución previsible de este tema puntual.

⁵¹ Acerca del carácter cierto e inminente del agravio puede verse MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 298.

⁵² Ver MAIRAL, *op. ult. cit.*, t. I, p. 330 y ss.; TAWIL, GUIDO S., *Administración y Justicia – Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 152; BIANCHI, ALBERTO B., “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?,” *LL*, 1995-A, 397, 412; CANOSA, *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, Abáco, 1996, p. 98 y ss., 100-1; *infra*, nota 52.

⁵³ Por otra parte, este es el criterio adoptado en los últimos años por la Procuración del Tesoro de la Nación, que sostiene la inviabilidad de los recursos administrativos directos contra reglamentos. Señala HORACIO PEDRO DIEZ, “Vías de impugnación de los reglamentos, por reclamo y por recursos, en el procedimiento administrativo nacional,” *op. cit.*, pp. 94-5, que la Procuración del Tesoro de la Nación, en *Dictámenes*, 210: 137, abandonó en el año 1994 su postura anterior: ésta permitía a los interesados optar entre el reclamo impropio y los recursos. Ampliar y comparar en COMADIRA, *Procedimiento Administrativo y denuncia...*, *op. cit.*, p. 56, nota 136; *Procedimientos Administrativos...*, comentario al art. 24, § 6.3, p. 449 y ss. Ver PERRINO, “El recurso jerárquico en el ámbito nacional,” *op. cit.*, pp. 417-35, esp. p. 423.

⁵⁴ Ver GAMBIER, BELTRÁN, “La impugnación directa de los reglamentos en sede administrativa en un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación,” *RDA*, 2: 483, 488; TAWIL, *Administración y Justicia...*, *op. cit.*, p. 151 y autores mencionados en las notas precedentes y sus remisiones.

⁵⁵ Ampliar en nuestro art. “La legitimación,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, *op. ult. cit.*, pp. 441-7.

⁵⁶ Comp. COMADIRA, *Procedimiento Administrativo y denuncia de ilegitimidad*, *op. cit.*, p. 56; *Procedimientos Administrativos...*, comentario al art. 24, § 6.3.1, pp. 449-51.

⁵⁷ CANOSA, *Los recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 100; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 79.

Además, la doctrina señala el supuesto de los reglamentos de aplicación directa (o directamente operativos,) que no precisan actos particulares de aplicación dado que su solo dictado puede incidir materialmente sobre la esfera jurídica de los sujetos alcanzados.⁵⁸ A la luz del texto del art. 73 del reglamento nacional, no podría negarse la impugnación directa de reglamentos cuya aplicación (entendiendo que ésta no se restringe al dictado de un acto de alcance particular) haya comenzado. En conclusión, así como debe estimarse procedente el recurso jerárquico contra los actos de aplicación de un reglamento, también son aplicables las aclaraciones expresadas respecto de la impugnación del reglamento mismo.⁵⁹

6. Actos excluidos del recurso

Surge de lo expuesto, a *contrario sensu*, que están excluidos del recurso jerárquico los siguientes supuestos de actos de contenido particular o concreto: a) Actos no productores de efectos jurídicos directos, tales como dictámenes, proyectos, informes, etc.⁶⁰ Respecto de los meros pronunciamientos administrativos,⁶¹ cabe incluirlos en esta categoría toda vez que no son hábiles para alterar la esfera jurídica del particular, limitándose a fijar la posición del Estado a su respecto.⁶² b) Actos interlocutorios, o sea actos administrativos productores de efectos jurídicos directos, pero que se refieran solamente a cuestiones de procedimiento, siempre y cuando no sean equiparables a definitivos por impedir totalmente la pretensión del interesado, caso en el cual el recurso es procedente.⁶³ c) Actos emanados de un ministro o de un secretario de la presidencia que resuelven un recurso jerárquico. El recurso jerárquico no puede reiterarse por ante el Poder Ejecutivo contra la denegación producida de un anterior recurso jerárquico.⁶⁴ Solamente si el acto lesivo proviene de un ministro o de un secretario de la presidencia puede impugnárselo por recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo.⁶⁵

6.4. El decreto o la decisión del Jefe de Gabinete resolviendo un recurso jerárquico sólo puede ser impugnado ante el propio órgano por recurso de reconside-

⁵⁸ P. ej., un reglamento que establezca una recategorización de ciertos empleados públicos. Ver COMADIRA, *op. ult. cit.*, p. 56 y ss.; SAMMARTINO, PATRICIO MARCELO E., "Impugnación de actos de alcance general: la «dispensa» del reclamo impropio como recaudo habilitante de acceso a la jurisdicción," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo, op. cit.*, pp. 77-9.

⁵⁹ En el caso de la impugnación directa del reglamento, ya hemos dicho que ella no tiene plazo: t. 3, cap. IV, § 5.12.3, "Término para la interposición del recurso." Ver también BIANCHI, *op. cit.*, pp. 397, 412-3; en contra, GAMBIER, *op. cit.*, pp. 483-5 y nota 2, donde se enuncia más doctrina sobre ambas posiciones.

⁶⁰ Ver *supra*, t. 3, cap. II, § 2, "Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico."

⁶¹ MAIRAL, "Los meros pronunciamientos administrativos," en AA.VV., *Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 651 y ss.

⁶² Así puede inferirse del análisis que realiza MAIRAL, *op. ult. cit.*, nota 39, p. 658.

⁶³ Art. 89.

⁶⁴ Pues el ministro resuelve "definitivamente," según expresa el art. 90 del RN.

⁶⁵ Art. 90, citado.

ración, revisión, etc., quedando abierta la vía judicial.⁶⁶ Al no existir autoridad administrativa alguna superior al Poder Ejecutivo ni haber propiamente jerarquía entre el Presidente y el Jefe de Gabinete,⁶⁷ mal puede interponerse recurso jerárquico contra sus actos.

6.5. Actos de Gobernadores e interventores federales. La alzada no procede contra los actos de los interventores federales.⁶⁸ Tampoco el recurso jerárquico.

6.6. Actos de entes descentralizados. No procede el jerárquico sino a veces la alzada,⁶⁹ que es potestativa. Pero debe recordarse que, al no ser siempre procedente,⁷⁰ puede hacer perder la vía judicial.

7. Por qué motivos se puede recurrir

7.1. Motivos de legitimidad

El recurso puede fundarse en primer lugar en motivos de legitimidad,⁷¹ de derecho público o privado, nacional o internacional. Quedan comprendidos los límites a la discrecionalidad administrativa,⁷² tales como razonabilidad,⁷³ buena fe,⁷⁴ desviación de poder,⁷⁵ etc. Va de suyo que también puede impugnarse el desacierto

⁶⁶ *Supra*, cap. IX, “Los recursos de reconsideración.” No es simple el acceso a la instancia judicial y la no pérdida del derecho.

⁶⁷ Cuestión discutida, como es obvio; ver *supra*, texto en el § 1.2, “El régimen actual.”

⁶⁸ *Infra*, cap. XI, § 2.3.3, “Provincias y municipios.”

⁶⁹ Ella es cada vez más limitada y además optativa: *infra*, cap. XI, § 2, “Competencia” y ss.

⁷⁰ Ver *infra*, cap. XI, “Recurso de alzada.”

⁷¹ Nuestro t. 3, caps. VIII a X; MAIRAL, *op. ult. cit.*, t. II, p. 656 y ss. Ver también AHE, DAFNE S., “El principio de legitimidad en el procedimiento administrativo,” en TAWIL, GUIDO S. (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 106, donde la autora sostiene que “Las prerrogativas de poder público con las que cuenta la administración deben necesariamente conciliarse con las garantías que el ordenamiento jurídico le brinda a los administrados. La posibilidad de ejercer un control de legitimidad que abarque tanto la legalidad como la razonabilidad es una manifestación propia de un estado de derechos. Ya no puede sostenerse la existencia de discrecionalidad administrativa entendida ésta como un libre albedrío administrativo, sino que debemos hablar de un ejercicio de facultades discrecionales que pasen el test del control de legitimidad. Por ello... resulta necesario integrar las diferentes técnicas de fiscalización del obrar de la administración, tomando de cada una de ellas los elementos que contribuyan a ejercer un control más eficaz en el ejercicio de las facultades discrecionales.”

⁷² Ver nota anterior y t. 1, cap. X, § 15, “Los límites a la actividad discrecional;” MAIRAL, *op. ult. cit.*, t. II, pp. 647 y 661 y ss.; BIANCHI, ALBERTO B. y TAWIL, Guido S., *Procedimiento administrativo y constitucional*, Ciencias de la Administración, s/f, p. 89 y ss.; BIANCHI, “El «*writ of certiorari*» en nuestra Corte Suprema (La «Cuestión Federal Suficiente» como concepto jurídico indeterminado),” *ED*, 125: 857; GRECCO, CARLOS M., “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la Administración pública,” *LL*, 1980-D, 1306; GAMBIER, “El concepto de «oferta más conveniente» en el procedimiento licitatorio público (La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial),” *LL*, 1988-D, 744; PÉREZ FERNÁNDEZ, V., “Los límites a la discrecionalidad administrativa,” *LL*, 1994-D, 1066.

⁷³ Ver *supra*, t. 1, cap. X, § 15.1, “Razonabilidad;” t. 3, cap. VIII, § 8.1 (contradicción), 8.2 (falta de proporcionalidad), 8.3 (absurdidad); cap. IX, § 8 y 9 (arbitrariedad); cap. X, § 6 (falta de motivación.)

⁷⁴ *Supra*, t. 1, *parte general*, cap. X, § 15.4, “Buena fe;” t. 3, El acto administrativo, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 11, “Dolo, violencia, simulación.”

⁷⁵ *Supra*, t. 1, cap. X, § 15.3, “Desviación de poder;” t. 3, cap. IX, § 6, “Desviación de poder.”

técnico del acto, pues si el acto es técnicamente incorrecto es con ello ilegítimo; en tal sentido puede modernamente hacerse referencia al concepto de regulación técnica.⁷⁶

7.2. *Motivos de oportunidad*

También la inconveniencia, inoportunidad o falta de mérito del acto puede cuestionarse en el recurso jerárquico. Tal vez ello no sea objeto de una consideración expresa en los dictámenes e informes que se produzcan en el trámite del recurso, es un elemento que pesa en quienes tienen que decidir o informar y por ello es conveniente efectuar las mejores consideraciones que uno pueda hacer en este sentido. Debe tratarse de convencer al cuerpo que ésta es la única solución políticamente oportuna, la única eficaz, la única práctica. Ello lleva implícito que es la única razonable o justa, por ende la decisión que jurídicamente debe tomar.⁷⁷ Entendemos que no existe óbice alguno para fundar el recurso en sede administrativa sólo en motivos de conveniencia, mérito u oportunidad, aunque, obviamente, en tal caso será naturalmente menor la posibilidad de éxito del recurso.⁷⁸ La administración, por vicio, necesita tener alguna norma en que apoyarse para poder resolver favorablemente, si la convencen de la bondad de la resolución propuesta. Más aun, cabe tener presente que no sólo debería ampliarse el campo del control de mérito en sede administrativa,⁷⁹ sino que también debería propenderse a avanzar hacia un control jurisdiccional de, al menos, la grave inoportunidad.⁸⁰ El precedente italiano del control jurisdiccional del mérito⁸¹ merece ser especial-

⁷⁶ Ver *supra*, t. 1, cap. X, § 12.4, “Regulación técnica (antes llamada «discrecionalidad técnica»)” donde seguimos a ALESSI, DIEZ y otros. REVIDATTI, GUSTAVO A., “La técnica como limitante de la discrecionalidad (La ampliación de defensa de derechos, libertades y garantías como consecuencia de la influencia de normas no jurídicas),” en la obra *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)* – Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, t. III, Madrid, Civitas, 1993, p. 2259.

⁷⁷ No queremos con esto decir que el recurso jerárquico sea un medio necesariamente eficaz para introducir el control de oportunidad en la administración pública, control éste que requiere de otros medios más idóneos al respecto. Ver nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, cap. IV y concordantes, esp. I, II y V. Tampoco es un medio apto para controlar siquiera la legitimidad: GIANINI, MASSIMO SEVERO, *La giustizia amministrativa*, Roma, Sapi, 1966, cap. II. Pero ello no quita el derecho del particular a invocar tales argumentos, como se lo hace también en los demás recursos administrativos.

⁷⁸ En contra PUCHETTI, ANTONIO CORRADO, *Il ricorso gerarchico*, Padua, Cedam, 1939, p. 182, aunque no desarrolla el punto. Consideramos que en ausencia de norma expresa que intentara excluir la impugnación por motivos de oportunidad exclusivamente, no hay razón alguna para exigir que el recurso se funde también necesariamente en motivos de legitimidad.

⁷⁹ Tal como lo puntualizamos en el cap. IV del libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, op. cit.

⁸⁰ Op. loc. cit. e *infra*, cap. XI. También pensamos que pueden instituirse con provecho tribunales administrativos y entes reguladores independientes *stricto sensu*, que no excluyan ni limiten la ulterior revisión judicial plena, como hemos expuesto en el cap. II del libro últimamente citado, reproducido como sección II del cap. XVI del libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed.; ver también t. 2, cap. XV.

⁸¹ TENTOLINI, OTTORINO, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Milán, Giuffrè, 1942.

mente tenido en cuenta, para establecer al menos un parámetro frente al cual sería en exceso criticable restringir el ya limitado control de mérito existente en los recursos administrativos. Ya vimos, en cualquier caso, que si hay una única solución conveniente, oportuna o de mérito, ella deviene única solución justa o razonable, por ende impuesta en forma reglada y no como facultad discrecional por el ordenamiento jurídico. Es ésta una importante modificación de nuestra doctrina, en consonancia con el derecho comparado.⁸²

8. Legitimación

8.1. Derecho subjetivo

Puede interponer recurso jerárquico en primer lugar el titular de un derecho subjetivo, esto es, una situación tutelada en forma exclusiva y excluyente por el orden jurídico.⁸³

8.2. Interés legítimo

También puede interponer recurso jerárquico el titular de un interés legítimo, o sea quien tiene una situación jurídica tutelada en forma concurrente, como parte de un círculo definido y delimitado de personas.⁸⁴ Pueden interponer el recurso los diversos titulares de un mismo interés legítimo tanto en forma conjunta, como individualmente. En todos los casos, lo que se resuelva respecto de uno afectará naturalmente a los demás y será por ello necesario en su caso citarlos como co-interesados.⁸⁵ En el empleo público⁸⁶ hay normas prohibitivas de la presentación conjunta, inaplicable cuando no sean funcionarios de la repartición autora del acto.

8.3. Derechos de incidencia colectiva⁸⁷

El concepto de interés legítimo se interpretaba restrictivamente en la práctica administrativa argentina y no se admitía por lo general la presentación de recursos por parte de asociaciones por cuestiones atinentes a todo o parte de sus

⁸² A lo cual cabe agregar nuestras reflexiones acerca de los verdaderos fundamentos de un acto administrativo o judicial, tal como lo hemos explicado a lo largo de nuestra *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2006, y también en www.gordillo.com así como en ediciones inglesa y francesa., todas con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS. Puede ser útil remitirse a nuestro trabajo “El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas,” *RAP*, 234: 91, Buenos Aires, 1998 y demás referencias del t.1, cap. I.

⁸³ Ampliar en el t. 2, cap. II y III; comp. BARRA, RODOLFO, “La situación jurídica del administrado – Derecho subjetivo e interés legítimo,” *RAP*, 11: 7 (Buenos Aires); MARIENHOFF, MIGUEL, *op. cit.*, t. I, 5ª ed., p. 738 y ss.; CANOSA, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 87 y ss.; HUTCHINSON, *Ley Nacional...*, *op. cit.*, t. II, p. 47 y ss.; ABERASTURY (H) y CILURZO, *op. cit.*, p. 60 y ss.

⁸⁴ *Supra*, t. 2, cap. IV, “El interés legítimo.”

⁸⁵ *Supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 12.1, “Contenido y alcance del principio de contradicción.”

⁸⁶ Como los policiales y de otras fuerzas de seguridad.

⁸⁷ Ver nuestro art. “La legitimación,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento...*, *op. cit.*, pp. 441-7 y la jurisprudencia que exponemos en los cap. II, III y IV del t. 2.

asociados,⁸⁸ salvo en el caso de las asociaciones gremiales.⁸⁹ Con tal criterio tampoco quedaría abierta la vía del recurso administrativo para la tutela de los derechos de incidencia colectiva, lo que resultaría en una clara y ostensible violación constitucional. El problema no se presenta a nivel jurídico formal, sino práctico. Sólo cabe reafirmar enfáticamente que procede la legitimación en sede administrativa sobre la base de derechos de incidencia colectiva.

8.4. *Interés simple*

No se admite el interés simple como legitimación para interponer recurso jerárquico.⁹⁰ Sigue vigente el criterio clásico de que en tales casos sólo pueden presentarse meras peticiones o denuncias, aunque ya hemos visto que el art. 3 inc. i) del decreto 229/00 establece la auto-obligación de resolver las denuncias.

9. *Término para interponer el recurso*

9.1. *La regla*

El término para interponer el recurso jerárquico es de quince días⁹¹ hábiles administrativos,⁹² contados a partir del primer día siguiente a la notificación.⁹³ Ese término se suspende o remite por el pedido de vista de las actuaciones⁹⁴ y se interrumpe por la clara manifestación de voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración,⁹⁵ aunque no guarde todas las formas del recurso,⁹⁶ pero no por una mera reserva de derechos y acciones. En caso de haberse

⁸⁸ *Supra*, t. 2, cap. IV, § 8, “Su antigua interpretación en la práctica argentina. Superación.”

⁸⁹ *Supra*, t. 2, cap. IV, § 9, “Las asociaciones.”

⁹⁰ PTN, *Dictámenes*, 242: 112: “Para promover recursos administrativos es necesario contar con una aptitud específica que permita ser parte en el procedimiento impugnativo. Se debe, en consecuencia, poseer una legitimación previa singularizada en la invocación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo” y que “Las denuncias administrativas pueden ser interpuestas por los titulares de intereses simples, a diferencia de los recursos, respecto de los cuales se requiere una legitimación básica.”

⁹¹ Art. 90 de la reglamentación. Sin ninguna razón aparente, el art. 84 otorga a la reconsideración sólo diez días de plazo. Todo debiera unificarse en un único recurso administrativo, pues la multiplicidad de nombres y plazos conspira contra la claridad y conocimiento público del sistema. Acerca de la necesidad de ampliar el plazo para recurrir, ver PERRINO, *op. cit.*, pp. 417-35, esp. p. 425.

⁹² Conforme la regla general que explicamos *supra*, cap. VIII, § 3.2, “Días hábiles en la administración y en la justicia.”

⁹³ *Supra*, cap. VIII, § 4, “Cómputo de los términos.”

⁹⁴ *Supra*, cap. VIII, § 8, “Suspensión de los términos por pedido de vista de las actuaciones.” En rigor, más que suspensión es remisión, PTN, *Dictámenes*, 18-XII-81, t. 159.

⁹⁵ Este, como otros progresos de la doctrina administrativa emanados de la antigua jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación, que tuvimos el honor de integrar desde 1961 a 1968, son constantemente atacados por los autores que al mismo tiempo se desempeñan en la administración pública, desconociendo la obligatoriedad y la practicidad que para ellos debieran tener aquellos dictámenes. Así como se ha terminado destruyendo a la denuncia de ilegitimidad, ahora se quiere destruir también esta institución. Es mucho lo que avanzamos hacia el pasado más remoto y autoritario de nuestras tradiciones.

⁹⁶ *Supra*, cap. III, § 10, “El recurso debe indicar el nombre, apellido y domicilio del recurrente” y 14, “La complementación de un recurso con otro.”

interpuesto previamente recurso de reconsideración contra el acto lesivo, dado que el recurso jerárquico está de pleno derecho interpuesto de manera subsidia-ria, no es necesario interponerlo nuevamente en caso de denegación expresa: la administración tiene en tal caso la obligación de elevarlo “en el término de cinco días de oficio.”⁹⁷ En cualquier caso, conviene al interesado, en aras de la claridad, manifestar que reitera el recurso jerárquico; esto, por su conveniencia, no porque pueda ser condición de la existencia o admisibilidad del recurso.

Cuando la denegación se produce tácitamente por silencio de la administración una vez transcurridos los términos pertinentes, el interesado debe solicitar expresamente la elevación de las actuaciones para la consideración y resolución del recurso jerárquico interpuesto en subsidio, en su momento junto con el pedido de reconsideración.

9.2. *Es una espada de Damocles*

Es necesario destacar que la pérdida del plazo para recurrir y la consecuente interposición tardía pueden tener consecuencias escandalosamente funestas para el particular, si se lleva hasta sus últimas consecuencias la jurisprudencia que pretende que su tratamiento como denuncia de ilegitimidad no necesariamente abre el plazo de 90 días para acudir a la justicia, si éste a su vez venció en el interin.⁹⁸ Debe por ello prestarse la máxima atención a estos fugaces⁹⁹ plazos del procedimiento administrativo. Tal como ha quedado armado jurisprudencialmente el sistema impugnatorio, es una trampa para los particulares, en violación al principio de acceso eficaz a una instancia judicial.

El principio de la buena fe y confianza debida, o *Vertrauensschutz*,¹⁰⁰ obligaría a la administración a ponerle al recurso jerárquico el mismo plazo de 90 días que hay para acudir a la justicia, a fin de que los 15 días actuales no hagan perder la tutela judicial, lo cual constituye una manifiesta denegación de justicia y de la garantía internacional del acceso a la justicia, que puede ya considerarse un

⁹⁷ Art. 88 de la reglamentación.

⁹⁸ Nos remitimos a lo dicho en el cap. IX, § 13, “El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial,” VIII, § 2.3.2, “El caso del recurso fuera de término” y 2.3.6, “Conclusiones.”

⁹⁹ DIEZ SÁNCHEZ, JUAN JOSÉ, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas, 1992, p. 229: “extraordinariamente fugaces;” GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006, 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO.

¹⁰⁰ COVIELLO, PEDRO JOSÉ J., “La confianza legítima,” *ED*, 177: 894; si el otro debe cumplir con el principio de la legalidad objetiva, conductas de esta índole son reprobables desde el ángulo de la razonabilidad y la justicia. Ver, asimismo, THOMAS, ROBERT, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Oxford, Hart, 2000; SCHONBERG, SOREN, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000; HARLOW, CAROL, “European Administrative Law and the Global Challenge,” en CRAIG, PAUL y DE BÚRCA, GRÁINNE (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 261-85, esp. pp. 276-7; SCHWARZ, KYRILL, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts, des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen*, Baden-Baden, Nomos, 2002.

valor global.¹⁰¹ O quizás cabe contemplar la tesis propuesta, por similares razones, de eliminar el plazo.¹⁰² Mientras tanto, el decreto 229/00 reafirma el derecho del interesado a que sus denuncias sean resueltas en forma expresa, lo cual incluye en primer lugar la denuncia de ilegitimidad o recurso interpuesto fuera de término. Es de esperar que sea suficiente para que la jurisprudencia revea sus fallos *Gorordo y Romero* y su recepción legislativa de emergencia en la ley 25.344, que modifica el art. 31 *in fine* del decreto-ley 19.549/72. Algún día debe ponerse fin a esta práctica de aprovechar la invocación de la emergencia, que en verdad es perpetua, para dictar normas o fallos que no hacen sino profundizarla aún más.¹⁰³

10. *Requisitos del recurso*

Son los comunes. No todas las minuciosas exigencias de la reglamentación son exigibles con igual rigor formal: al respecto nos remitimos a lo explicado.¹⁰⁴

11. *Elevación del recurso jerárquico*

11.1. *En general*

Según vimos, el recurso se presenta ante la misma autoridad de que emanó el acto impugnado, la cual tiene la obligación de elevarlo “dentro del término de 5 días y de oficio” al ministerio o secretaría de Presidencia respectivo. (Art. 90.) Entendemos que el plazo de 5 días no admite mayores disquisiciones ni interpretaciones. No hay aquí lugar para estudios, informes, tramitaciones previas ni cabildeos administrativos. El recurso debe ser enviado al Ministerio en ese plazo y de esta tramitación es responsable la respectiva mesa de entradas que reciba el recurso, o el funcionario que lo haga en su lugar.¹⁰⁵

11.2. *Caso de denegación expresa de la reconsideración*

Cuando el autor del acto impugnado por reconsideración rechaza el recurso, tiene la obligación de elevar las actuaciones dentro del “término de 5 días de oficio,” según dispone el art. 88. O sea que la obligación de elevar de inmediato el recurso existe tanto cuando el interesado presenta en forma directa y originaria un recurso jerárquico contra el acto lesivo, como cuando interpone primero un recurso

¹⁰¹ Nos referimos al tema en “Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality,” en prensa en una obra colectiva.

¹⁰² DIEZ SÁNCHEZ, *op. ult. cit.*, p. 231. Esta solución ya la adopta el decreto 105/00, citado en el § 1.3. Pero habrá que esperar los pronunciamientos judiciales que le sigan.

¹⁰³ Conviene recordar que la emergencia se invoca en nuestro país en realidad para aumentar y no disminuir sus causas profundas, que no son sino el permanente descontrol de las autoridades públicas, la concentración excesiva del poder, la hegemonía, el autoritarismo, el caudillismo, etc.

¹⁰⁴ Ver *supra*, cap. III, “Los recursos administrativos.”

¹⁰⁵ Además, según el art. 6.3. del anexo del decr. 333/85, “Los asuntos que ingresen en las reparaciones de un ministerio, secretaría, organismo descentralizado o empresa de propiedad del Estado cualquiera sea su denominación o naturaleza jurídica, serán girados directamente a la dependencia que deba intervenir en razón de sus funciones específicas.”

de reconsideración que el funcionario emisor del acto impugnado luego rechaza. En ambos supuestos el recurso ha de ser elevado dentro del término indicado.¹⁰⁶

11.3. *Caso de denegación tácita*

Si transcurren los plazos en los cuales el órgano autor del acto debe resolver el recurso de reconsideración, sin que lo haya hecho, no nace la obligación de elevar las actuaciones para su consideración por el ministerio o la secretaría de Presidencia o el Poder Ejecutivo Nacional. En este caso según el art. 88 es necesario que el interesado resuelva él considerar tácitamente denegado el recurso de reconsideración y pida entonces la elevación del jerárquico. Producida esta presentación del interesado, recién entonces el funcionario tiene la obligación de elevar el recurso jerárquico dentro del “término de 5 días” al ministerio o secretaría de Presidencia o al Poder Ejecutivo nacional. Es pues un derecho que se atribuye al particular para resolver si desea dar por terminada esa etapa procedimental y seguir con la próxima, o esperar.

11.4. *A quién se lo eleva*

Las consideraciones precedentes se refieren al tiempo en que debe elevarse el recurso jerárquico a los superiores. Ahora bien, ¿a quién se debe elevar el recurso?

El art. 90 de la reglamentación distingue entre el “ministerio o secretaría de la Presidencia” y el “ministro o secretario de la Presidencia,” diciendo que las actuaciones deben elevarse al primero y que la resolución la adoptará el segundo. Además, puntualiza que “cuando el acto impugnado emanare de un ministro o secretario de la Presidencia de la Nación, el recurso será resuelto por el Poder Ejecutivo nacional.” Puede de allí concluirse y surge del sentido común, que el expediente no habrá de ser enviado al despacho de la Secretaría Privada del ministro o secretario de la Presidencia y probablemente ni siquiera al Jefe de Despacho del ministerio o secretaría de Presidencia o Jefe de Gabinete.

Lo usual en la materia es que todo recurso que tenga una base mínima argumental de derecho sea elevado como primer trámite, a la Dirección de Asuntos Jurídicos respectiva, sea del Ministerio o de la Secretaría o Subsecretaría de Estado pertinente o de la Secretaría de Presidencia de la Nación o Secretaría General.

Pensamos que con ello se cumple el paso inicial prescripto por estas normas y se cumple además con el preceptivo dictamen jurídico que requiere el art. 7° inc. d) del decreto-ley 19.549/72. Sin embargo, quedan pendiente diversas cuestiones. Una de ellas es dónde habrá de tramitarse el recurso y no meramente adónde se lo envía inicialmente. Otra es a partir de qué momento se cuenta el plazo para la decisión.

¹⁰⁶ Ver HUTCHINSON, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 2006, 8ª ed., p. 373.

12. Ante quién se tramita el recurso

12.1. En general

Las leyes de ministerios, no obstante las múltiples variantes que adoptan a través del tiempo para organizar la administración pública a nivel del Poder Ejecutivo,¹⁰⁷ mantienen en general un sistema de organización administrativa en el cual se hace una distinción jerárquica entre el ministro y los secretarios o subsecretarios del mismo Ministerio y entre los secretarios de la Presidencia y los respectivos subsecretarios. El Jefe de Gabinete, en una suerte de limbo, no alcanza a ser un superior jerárquico de los ministros y tiene una organización parecida. Como resultado, todos los organismos de apoyo, tales como Direcciones de Asuntos Jurídicos, de Administración, etc., muchas veces funcionan no a nivel del mismo ministro, sino a nivel de tales Subsecretarías o Secretarías y por ello la tramitación tiende a producirse a dicho nivel jerárquico. Incluso cuando tales organismos existen por partida doble, tanto a nivel de la Secretaría o Subsecretaría, como a nivel ministerial, por lo general la organización es piramidal y existe menos personal y menos recursos a nivel superior que a nivel inferior. Ello nuevamente lleva a una inclinación a hacer la tramitación en los niveles medios y no máximos de la organización piramidal. La solución definitiva a esta cuestión solo vendrá cuando quede habilitada la vía judicial en forma directa contra tales actos de niveles inferior, como ya ocurre en varios casos;¹⁰⁸ ello, sin perjuicio de que tales niveles inferiores deberían a su vez estar provistos de las garantías propias de su organización como tribunales administrativos independientes, como ya lo proponemos en otro lugar.¹⁰⁹

Además, existe una natural tendencia del organismo subordinado jerárquicamente que dictó el acto, a querer defenderlo y, por lo tanto, a obstaculizar o demorar el trámite del recurso que, dirigido contra su propio acto, pase eventualmente por sus propias manos. A la inversa, la tendencia a delegar administrativamente,

¹⁰⁷ La excesiva mutación de las leyes de ministerios se produce debido a que con ellas, en cada caso, se ajusta la organización a las personas a las cuales se quieren confiar esos puestos de dirección, olvidando que la necesariamente rápida rotación de los ministros deja prontamente sin sustento a la especial ley de ministerios que se haya dictado en cada caso. Ver *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, 3ª reimpresión, 2001, cap. IV y *Problemas del control de la administración...*, op. cit., caps. II a V. No creemos, con todo, que sea una solución continuar con la constante política de delegación legislativa de facultades extraordinarias al poder ejecutivo, p.ej. delegándole la organización ministerial. Ya bastante con las violaciones existentes al art. 29 de la Constitución y la constante paralización del Congreso, que ha llevado finalmente a intentar aplicar el reglamento interno y dar a publicidad, a pedido de cualquier grupo de legisladores, la lista de quienes no han asistido a una reunión determinada. Al menos que podamos manifestar nuestro repudio social.

¹⁰⁸ Tribunales de defensa de la competencia y de tutela del usuario o consumidor, cuyos actos en sede administrativa “son decisiones últimas, no susceptibles de ser revisadas por una autoridad superior y sólo atacables en sede judicial, descartándose por ende los recursos jerárquico y de alzada,” BERSTEN, HORACIO LUIS, *Derecho Procesal del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 50.

¹⁰⁹ “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726.

quizás en exceso, tareas que no deberían delegarse, hace que los organismos ministeriales o secretarías de presidencia que no están comprometidos en la emisión del acto recurrido tampoco tengan demasiado interés en ocuparse de la tramitación de la impugnación y entonces prefieren enviarlo al órgano inferior.

Coinciden así los órganos superiores e inferiores en que sean estos últimos los que tramiten el recurso, no obstante cualquier razón teórica que en contrario quiera darse al respecto.¹¹⁰ Es este uno de los permanentes problemas del derecho y de la administración argentina: se pretende siempre adecuar la práctica a las doctrinas y sus normas, en lugar de buscar una solución normativa valiosa que sea compatible con la realidad.¹¹¹ En nuestra confusa evolución empírico-normativa, es forzosamente ambigua la solución que ha adoptado la administración argentina respecto de cuál habrá de ser el órgano que tramita el recurso jerárquico. Aunque la reglamentación dice que debe hacerse en el Ministerio o Secretaría correspondiente de la Presidencia, la tramitación se lleva a cabo en la Secretaría o Subsecretaría respectiva, incluso cuando el acto impugnado proviene de estos mismos órganos.

Resulta ilustrativo un antiguo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación:¹¹² No obstante la derogación de las normas que le sirvieron de base, sire para explicitar un modo de organización y un tipo de comportamiento administrativo que ha sobrevivido hasta ahora a cualquier cambio normativo. Se ha dicho así que la “competencia originaria de la mencionada Secretaría de Estado, debe interpretarse sin mengua de las atribuciones propias del señor Ministro Secretario de Obras y Servicios Públicos conforme lo establecido en el art. 2º, incs. 2º y 3º de la citada ley 14.439. A tal fin, destaco que esta última norma confiere a los señores Ministros Secretarios la facultad de preparar, etc., todo acto de la exclusiva jurisdicción del Poder Ejecutivo. Correlacionando, por lo tanto, el art. 2º, incs. 3º y 18 de la Ley de Ministerios, es dable concluir que el recurso de que se trata debe tramitarse ante la Secretaría de Estado de Comunicaciones, la que elevará al Poder Ejecutivo el proyecto de decreto que sobre el particular entienda corresponder. Tal proyecto deberá pasar a consideración del señor Ministro Secretario de Obras y Servicios Públicos, antes de someterse al señor Presidente de la Nación. Todo ello sea dicho sin perjuicio del refrendo por parte del señor Ministro de Obras y Servicios Públicos, que oportunamente deberá elevar el decreto al

¹¹⁰ Venezuela, art. 88: “Ningún órgano podrá resolver, por delegación, los recursos intentados contra sus propias decisiones.” Si no puede resolver, *a fortiori* tampoco puede proyectar la decisión o tramitar el recurso. Ver BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH y otros, *Ley orgánica de procedimientos administrativos*, Caracas, EJV, 1981.

¹¹¹ Nos remitimos nuevamente a “Simplification...”, *op. cit.*

¹¹² PTN, *Dictámenes*, 68: 153, que agrega: “De todo lo expuesto, resulta: a) que la competencia para resolver el recurso, es del Poder Ejecutivo Nacional; b) que la preparación del proyecto de decreto incumbe a la Secretaría de Estado debiendo pasar a consideración del señor Ministro [...] antes de ser sometido al señor Presidente de la Nación; c) que el refrendo corresponde al señor Ministro de [...] sin perjuicio de llevar también la firma del señor Secretario de Estado.” En igual sentido, 71: 161; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, pp. 767-8.

Poder Ejecutivo.” Ese criterio ha sido sostenido reiteradamente, bajo diferentes leyes de ministerios, pues “la actuación que en esto cabe a la Secretaría de Estado no es la propia de una instancia jerárquica intermedia sino la que deriva de su deber de *asistir al Ministro* respectivo en los asuntos de su competencia;” “por lo dicho, considero que, no existiendo diferencia en cuanto al punto, entre los recursos jerárquico y de alzada, corresponde que el interpuesto en estas actuaciones sea *sustanciado* en la Secretaría de Estado [...] y con la opinión del Secretario de Estado, elevado luego a *resolución* del señor Ministro,”¹¹³ en concordancia con la actual redacción del art. 92 de la reglamentación.

12.2. *Cuando se impugnan actos del ministro*

Lo que explicamos en el punto anterior era criticable cuando el recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo se dirigía contra el acto de un Secretario de Estado, pues ello implicaba que el trámite del recurso, incluída la preparación misma del proyecto de decreto resolviéndolo, estaba a cargo de la propia autoridad autora del acto recurrido. Faltaba así, obviamente, una condición mínima de imparcialidad en el procedimiento administrativo.¹¹⁴ No obstante las críticas que reiteradamente formulamos a tal solución,¹¹⁵ la regla no sufrió, lamentablemente, excepción alguna en el caso referido. Pues bien, la situación se repite ahora con el trámite de recursos jerárquicos dirigidos al Poder Ejecutivo o Jefe de Gabinete contra los actos de un ministro. El recurso ha de ser resuelto, en el primer caso, por el Poder Ejecutivo,¹¹⁶ lo cual implica la firma del Presidente y del ministro del ramo. Pero la regla nunca ha sido que el acto *lo elabore* la presidencia y lo mande luego para refrendo ministerial,¹¹⁷ sino que a la inversa el proyecto primero lo prepara y suscribe el ministro y recién luego se eleva a consideración del Presidente.¹¹⁸ Dice el art. 92 que el recurso tramitará y se sustanciará íntegramente “en sede del ministerio o secretaría de la Presidencia de la Nación,” “cualquiera fuera la autoridad competente para resolver el recurso jerárquico.” Aunque sólo tres autoridades pueden ser competentes para resolver el recurso jerárquico, de todos modos la tramitación del recurso jerárquico se efectuará en la sede del

¹¹³ PTN, *Dictámenes*, 155: 509, en *RAP*, 32: 117, Buenos Aires, 1981.

¹¹⁴ Ver ALLEGRETTI, UMBERTO, *L'Imparzialità amministrativa*, Padua, CEDAM, 1965.

¹¹⁵ En la segunda edición de esta misma obra, Buenos Aires, 1971, p. 435 y siguientes; en la primera edición, Buenos Aires, 1964, pp. 183-4. No cejaremos, pues en muchos aspectos hemos tenido en cambio la fortuna de ver que la norma o la práctica finalmente cambia, con el tiempo.

¹¹⁶ Art. 90 de la reglamentación. Hay un importante debate al respecto.

¹¹⁷ Cuando el Presidente firma *primero* un proyecto de decreto y se lo manda al ministro, éste tiene solo dos opciones: firmar o renunciar. Es demasiado fuerte, en casos normales.

¹¹⁸ Desde luego, hay en todo esto una múltiple ficción: el proyecto de decreto no lo prepara el ministro, sino que lo elaboran los cuerpos administrativos del Ministerio y en general la Dirección de Asuntos Jurídicos. A su vez, en la Presidencia de la Nación existe un cuerpo sumamente nutrido de personas que son las que analizan, discuten, vetan de hecho, etc., los proyectos de Decreto. Por ello en lugar de “Ministro” y “Presidente” se podría hablar con más propiedad en este caso de “Ministerio” y “Presidencia.” Ver *supra*, t. 1, cap. XII, “Los órganos del estado,” § 1, “Concepto de órgano.”

propio ministerio o secretaría de presidencia en cuyo ámbito se produjo el acto impugnado. El recurso jerárquico contra un acto emanado originariamente de un ministro o secretario de presidencia se habrá de tramitar, en consecuencia, ante el propio ministerio o secretaría de presidencia autor de la medida. Lo mismo cabe decir del Jefe de Gabinete, si se le reconoce competencia al efecto. Bien se comprende que no tiene demasiada posibilidad de éxito, o directamente no tiene posibilidad alguna a menos que le toque resolverlo a otro ministro o secretario de presidencia. Aun en este último caso, los organismos intervinientes y que opinan o dictaminan, serán en buena medida los mismos que ya antes emitieron opinión sobre el acto impugnado.¹¹⁹ Naturalmente mantendrán su criterio al analizar el recurso contra el acto dictado en virtud de tales dictámenes. La suerte del recurso está casi sellada. Este tipo de dificultad no se corrige proponiendo que el recurso jerárquico contra un acto originario de, p. ej., un ministro o un secretario de presidencia se tramite, a los fines de la imparcialidad en la decisión, en la presidencia de la Nación, sino que cabe en cambio puntualizar dos cosas: a) debe existir acceso judicial directo y no este mañoso recurso jerárquico cuya resolución es proyectada por el autor del acto impugnado; b) son *otros* los medios de control de la administración pública que deberían funcionar en este supuesto.¹²⁰

12.3. *La figura del Jefe de Gabinete*

Al esquema antes descripto corresponde agregar las modificaciones que ha generado la figura del Jefe de Gabinete en el espectro de la administración, a tenor del art. 100 de la Constitución nacional de 1994. Corresponde a las dependencias del jefe de gabinete la preparación de la resolución de los recursos jerárquicos contra actos administrativos dictados por sus órganos inferiores o reparticiones que funcionen dentro de su estructura administrativa. ¿Quién debería resolver los recursos jerárquicos contra actos originarios de un ministro y contra actos originarios de un secretario de presidencia? La situación no es clara luego de la reforma constitucional de 1994.¹²¹ Para un sector de la doctrina,¹²² en la primera hipótesis del párrafo anterior, el recurso deberá ser resuelto por el Jefe de Gabinete por constituir el órgano que ejerce la administración general del país (art. 100, inc. 1º de la Constitución nacional) y por ser superior jerárquico de los ministros. La tesis contraria niega relación de jerarquía al jefe de gabinete respecto

¹¹⁹ El superior es así un “convidado de piedra”: PERRINO, *op. cit.*, pp. 417-35, esp. p. 429.

¹²⁰ Ver *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, *op. loc. cit.*

¹²¹ ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 155. Ver *supra*, § 1.2, “El régimen actual” y las referencias a COMADIRA y MERTEHIKIAN de este cap. COMADIRA, *RAP*, 234: 33, Buenos Aires, 1998, efectúa un completo balance doctrinario; REJTMAN FARAH, *op. cit.*, p. 70 y ss.

¹²² Ver § 1.2 y nota 8. Ver BARRA, *El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 76 y ss.; BIANCHI, *op. cit.*, pp. 411-2; REJTMAN FARAH, *op. loc. cit.* CANOSA, *Los Recursos...*, *op. cit.*, p. 187 y ss.; BIANCHI, “¿Tiene Fundamentos...?” *op. cit.*, p. 411 (para la situación anterior a 1994); BARRAZA, JAVIER I. y SCHAFRIK, FABIANA H., *El Jefe de Gabinete de Ministros*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, cap. IX, p. 277.

de los ministros. El criterio, empíricamente dominante, es de la Procuración del Tesoro de la Nación.¹²³ Afirma que contra un acto administrativo ministerial la competencia para resolver un recurso jerárquico está expresamente atribuida al Presidente de la Nación. Niega la existencia de jerarquía entre el jefe de gabinete y los restantes ministros. Nos parece la tesis que resultará triunfante, a pesar del paralelo debilitamiento de la figura presidencial que —a estos efectos recursivos— percibimos.

13. *Prueba y alegato*

Según el art. 92, el recurso “tramitará y se sustanciará íntegramente en sede del ministerio o secretaría de la Presidencia de la Nación en cuya jurisdicción actúe el órgano emisor del acto; en aquéllos se recibirá la prueba estimada pertinente.” Las reglas y plazos para la realización de la prueba y alegato son las propias del procedimiento administrativo en general, establecidas en el art. 46 y siguientes de la reglamentación. Ya nos hemos referido al tema destacando que resulta conveniente no formalizar en extremo el procedimiento y que es preferible al recurrente orientarse hacia la producción privada de la prueba.¹²⁴ En cuanto al alegato sobre la prueba, él está regulado en el art. 60.

14. *Dictamen de la Dirección de Asuntos Jurídicos*

Previo a la decisión del recurso jerárquico es obligatorio requerir el dictamen de la Dirección de Asuntos Jurídicos o de Asuntos Legales del respectivo Ministerio, conforme al principio del art. 7º, inc. d), del decreto-ley: “considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.” Igual obligación reitera y precisa el art. 92 de la reglamentación, al disponer que en el ministerio o secretaría de la Presidencia de la Nación en el cual tramita el recurso “se recabará obligatoriamente el dictamen del servicio jurídico permanente.” El antecedente directo de esta disposición del decreto-ley y su reglamentación se encuentra en el art. 91 de nuestro proyecto de 1964,¹²⁵ conforme al cual “considérase trámite sustancial la emisión de dictamen jurídico, proveniente de organismos permanentes de asesoramiento letrado, cuando el acto afecte los derechos de terceros.”

Ya en nuestro proyecto de 1964 sostuvimos que el dictamen jurídico debía provenir de los organismos *permanentes* de asesoramiento letrado, concepto que con iguales palabra adopta el mencionado inc. d) del art. 7 del decreto-ley 19.549/72. El sentido concreto de la norma es que no se puede válidamente sus-

¹²³ Dictamen n° 90/97, PTN, *Dictámenes*: 222: 53, en *RAP*, 232: 75, Buenos Aires, 1998.

¹²⁴ *Supra*, cap. VI, § 7, “Producción informal de la prueba;” 19.2., “Informes de personas no estatales;” 22.8., “Prueba testimonial producida por escrito;” 26.2., “Procedimiento formal o informal;” cap. VII, § 10.1, “Producción privada de la prueba.”

¹²⁵ En *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed.

tituir o suplir el requisito del dictamen de la asesoría jurídica permanente de la repartición, con la opinión emitida por cualquier otro abogado: No basta un dictamen que efectúe algún asesor del gabinete del ministro, si no es el de los organismos permanentes de asesoramiento letrado. Pueden emitirse más opiniones de quienes no son la respectiva Dirección de Asuntos Jurídicos, pues ello ilustrará mejor la decisión a adoptarse. Pero no suplen al dictamen del órgano permanente. Lo que la disposición pretende es que no se prescinda del dictamen del servicio natural y permanente o estable de asesoramiento. La autoridad debe pedirlo,¹²⁶ pero no necesariamente atenerse a él. Por ello son también ineficaces, a los efectos del art. 7° inc. d) del DL, las opiniones que en materia legal puedan dar órganos administrativos o consultores externos, que no cumplen el espíritu de la norma. Lo que la disposición exige es la opinión legal de la administración como cuerpo orgánico, que tome entonces en cuenta su propia tradición y doctrina interpretativa y que si la modifica lo haga con carácter general y no para el caso particular. Tal es el sentido con que elaboramos el proyecto de 1964, recogido por la legislación posterior.

15. *Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación*¹²⁷

El art. 92 postula que será obligatorio el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación en diversos casos, en tanto las cuestiones mantengan actualidad y no se hayan tornado abstractas.¹²⁸ El organismo no opina respecto de juicios.¹²⁹ Del mismo modo, para someter un diferendo a la Procuración con arreglo al

¹²⁶ Ampliar en GORDILLO y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed., p. 127, nota 317.

¹²⁷ *Supra*, t. 1, cap. XII, § 13.4, “El Procurador del Tesoro de la Nación,” MARIENHOFF, *op. cit.*, t. 1, p. 763; CANOSA, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 191; HUTCHINSON, *op. cit.*, t. 2, pp. 446, 448 y ss.; ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 157 y ss.; RODRÍGUEZ LAULHÉ y CALOGERO, *op. cit.* (en nota 45), p. 14 y ss.; PERRINO, *op. cit.*, pp. 417-35, esp. p. 430; GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, pp. 540-1. La intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación se circunscribe al análisis de legalidad, conforme la independencia técnica que le fue reconocida por la ley 24.667. No opina respecto de razones de oportunidad, mérito o conveniencia, *Dictámenes*, 163: 3; 170: 69; 200: 60; 206: 218; 210: 11; 213: 105. Su intervención se encuentra prevista por el art. 92 del RN, con relación a los recursos jerárquicos regulados por dicho precepto, de modo que su asesoramiento, en principio, no procede cuando se trata de una petición o reclamo sobre el que la administración aún no se ha pronunciado: 264:184.

¹²⁸ PTN, *Dictámenes*, 201: 82; 214: 87; 228: 162.

¹²⁹ Ley 12.954, arts. 2° y 4°, ley reglamentada por decreto 34.952/47. Ha dicho así que estando la cuestión originaria sometida a la decisión de un órgano judicial, sería inadecuado emitir una nueva opinión sobre el expediente radicado ante los tribunales, puesto que cuando se trata de una causa judicial, por encontrarse reservada en forma exclusiva y excluyente al Poder Judicial, su tramitación exige que los restantes poderes del Estado eviten verter apreciaciones que hagan a la decisión de aquélla. Las funciones de la Procuración del Tesoro de la Nación se hallan explicadas en el t. 1, *Parte General*, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 13.4, “El procurador del tesoro de la Nación.” Ver también GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, “La Procuración del Tesoro y la defensa del Estado,” en *RAP*, 145: 89, Buenos Aires, 1990; PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, *Manual de estilo*, Buenos Aires, 1998, p. 173 y ss., sobre las normas aplicables y p. 127 y ss., sobre los orígenes y evolución histórica del organismo.

trámite del decreto-ley 19.983/72, existiendo un proceso principal ante el Juez actuante, resultaría menester que el peticionante hiciera las presentaciones para que el juez decline su competencia, pues abrir dicha instancia administrativa en las actuales condiciones comportaría una intromisión en la esfera de competencias de otro poder del Estado.¹³⁰ La Procuración del Tesoro de la Nación sólo interviene si su dictamen es solicitado en cada caso por nota,¹³¹ sea por el Presidente de la Nación,¹³² los ministros, secretarios o subsecretarios de Estado.¹³³

Excepcionalmente, con ciertas formalidades, pueden solicitarlo los directores de los servicios jurídicos integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado, en tanto lo pidan en forma directa.¹³⁴

No pueden requerir directamente, por sí, dicho dictamen, en cambio, los titulares de entes descentralizados ni los demás Directores Nacionales o Generales de la administración; lo que sí pueden hacer es, siguiendo la vía jerárquica, pedir a sus superiores que agotadas las pertinentes etapas consultivas, se requiera finalmente el dictamen del máximo organismo de la administración nacional. La doctrina que emanan de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación ha interpretado que para que proceda la emisión de dictamen por el Procurador del Tesoro, se deben cumplir por lo general diversos requisitos que veremos a continuación.

a) que los organismos naturales de asesoramiento jurídico, dentro de cada ministerio o secretaría de Estado, hayan dictaminado sobre el problema de fondo. Ello tiene por finalidad evitar que la Procuración se convierta en una asesoría más, supliendo el cometido de sus delegaciones en cada repartición.¹³⁵

A su vez, el dictamen previo, tanto el del Ministerio o de Secretaría como de los de dependencia inferiores si los hubiere, no pueden en modo alguno constituir una mera relación de antecedentes ni una serie de afirmaciones dogmáticas sino

¹³⁰ PTN, *Dictámenes*, 227: 75.

¹³¹ Para que resulte procedente la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación es en efecto necesario que se haya elaborado y suscripto por autoridad competente la respectiva nota por la que se solicita su dictamen: *Dictámenes*, 207: 514; 215: 100 y 283; 216: 32.

¹³² En la práctica, la Presidencia de la Nación: *supra*, t. 1, cap. XII, § 13.1, "El Presidente de la Nación."

¹³³ Se incluyen los jefes de estado mayor de las Fuerzas Armadas (191: 80; 195: 156; 199: 84; 200: 209; 204: 60; 206: 92) y los órganos que por norma expresa tienen rango de ministro, de secretario o subsecretario aun sin serlo (216: 80), pero el secretario general del Ministerio del Interior no reviste la calidad que habilita la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación; ello así, toda vez que las funciones que el requirente cumple en virtud de lo dispuesto por los arts. 9º y 11 del decreto 1883/91, no guardan similitud con las atribuidas a los funcionarios que se hallan facultados para solicitar el dictamen de este organismo (207: 431; 218: 316.) El pronunciamiento de la Procuración del Tesoro de la Nación se halla reservado al Presidente de la Nación, a los ministros, secretarios y subsecretarios, a los jefes del Estado Mayor General de las Fuerzas Armadas, a los directores de los servicios jurídicos integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado y el Presidente del Banco Central de la República Argentina, siempre que lo soliciten en forma directa (270:192).

¹³⁴ PTN, *Dictámenes*, 83: 50; 205: 80; 215: 113 y 283; 218: 140.

¹³⁵ PTN, *Dictámenes*, 205: 106 y 134.

el análisis exhaustivo y profundo de una situación determinada, efectuado a la luz de las normas jurídicas vigentes y de los principios generales que las informan a efectos de recomendar conductas acordes con la justicia y el interés de quien formula la consulta.¹³⁶ También se requiere que esos dictámenes no sean coincidentes¹³⁷ y que existan informes técnicos sobre la cuestión, en caso de ser oportunos o necesarios cuando se encuentran implicadas cuestiones respecto de las cuales aquéllas cuentan, a raíz de su inmediatez con esos problemas, con un particular conocimiento técnico y específico que conviene tener en cuenta para la adopción de una decisión más ponderada y justa.¹³⁸

b) Debe también tratarse de un caso concreto (no pues, de un planteo hipotético, abstracto o teórico) y deben agregarse las actuaciones originales.¹³⁹ Dicho de otra manera, deben ser agregados todos los antecedentes, informes y demás actuaciones previas que hubiere a fin que la Procuración pueda expedirse en forma definitiva, pues sólo de este modo se garantiza la posibilidad de formarse un criterio completo y adecuado de la cuestión sometida a su opinión.¹⁴⁰

c) Quienes soliciten el dictamen deben ser rigurosamente los funcionarios mencionados. Los demás organismos y funcionarios pueden elevar el expediente al Secretario de Estado competente solicitando se pida dictamen al Procurador. Sólo si aquél lo considera conveniente y se dan los dos elementos precitados, puede pedir el dictamen; pero no los otros funcionarios directamente.¹⁴¹

d) Los particulares, *a fortiori*, no pueden requerir su intervención en forma directa,¹⁴² ni tampoco formular denuncias ante ella solicitando su intervención. De ello resulta una situación paradójica y es que el organismo que históricamente ha sido más independiente de criterio y por ende, en suma, más favorable al respeto de los derechos de los particulares afectados, no constituye una instancia abierta a la voluntad de éstos: sólo el propio Estado puede abrir la instancia de la Procuración del Tesoro de la Nación. Ello no impide, desde luego, que el particular solicite en forma expresa se requiera su dictamen, pues tiene un claro interés legítimo para así hacerlo. Lo que no tiene, probablemente, es el derecho

¹³⁶ PTN, *Dictámenes*, 201: 61; 203: 148; 206: 172.

¹³⁷ PTN, *Dictámenes*, 229: 92. No se encuentra habilitada su intervención, entre otros requisitos, cuando no existe divergencia entre los servicios jurídicos preopinantes.

¹³⁸ PTN, *Dictámenes*, 81:21; 84:105 *bis*; 201: 142; 215: 80; 213: 283; 218: 140; 219: 192; 223: 55; 225: 97; 225: 126. La intervención de esas asesorías resulta también exigible en derecho (art. 6°, ley 12.954 y art. 8°, inc. a) del decreto 34.952/47.) Se trata también de evitar que ese organismo asesor se convierta en una asesoría jurídica más y supla el cometido específico de sus delegaciones en cada repartición estatal (199: 191; 200: 21; 197: 148; 217: 271; 220: 125.)

¹³⁹ PTN, *Dictámenes*, 71: 199; 72: 17; 75: 14; 79: 141, 84: 34, etc. Ver, asimismo, PERRINO, *op. cit.*, pp. 417-35, esp. p. 430, nota 45.

¹⁴⁰ PTN, *Dictámenes*, 201: 35; 203: 223; 204: 102; 215: 80, 145, 181, 209, 211, 213.

¹⁴¹ PTN, *Dictámenes*, 78: 107; 82: 66.

¹⁴² PTN, *Dictámenes*, 196: 36; 214: 125; 220: 31; 221: 161; 223: 74, 174. Se ha dicho que su intervención tiene carácter excepcional, no resultando procedente cuando se trate de simples peticiones efectuadas por un particular directamente ante este organismo.

subjetivo de que ese dictamen se produzca, no al menos en el estado actual del derecho administrativo argentino.

Dicha intervención sólo es procedente cuando resulta del pedido de aquellos funcionarios habilitados al efecto. La Procuración tampoco actúa como vehículo de denuncias.¹⁴³ En otras palabras, de la normativa que fija la competencia de la Procuración del Tesoro no surge que se le haya atribuido la facultad de investigar presuntas anormalidades administrativas por pedido de un particular. Sus funciones se circunscriben a asesorar al Poder Ejecutivo nacional; representar y defender al Estado en las causas judiciales en que interviene como actor o demandado; asesorar y/o resolver conflictos interadministrativos e intervenir en la sustanciación de sumarios administrativos al personal superior de la administración pública.¹⁴⁴

e) Estas limitaciones y recaudos tienen, con todo, ocasional excepción.¹⁴⁵ Además, es de destacar que las distintas delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado —es decir, las distintas asesorías letradas de la administración centralizada y descentralizada— están obligadas a seguir los criterios jurídicos de la Procuración, sin poder entrar en debate respecto a sus dictámenes; ello se funda en una razón de orden y de uniformidad administrativa.¹⁴⁶ En cambio, la decisión de iniciar o proseguir actuaciones judiciales supone la evaluación de cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, lo que constituye una función ajena a la competencia de la Procuración, estrictamente ceñida a los aspectos jurídicos de los temas que se someten a su opinión.¹⁴⁷ La Procuración sólo en contados casos de excepción ha accedido a rever sus propios dictámenes a instancias de algún organismo o interesado. Ello ha ocurrido en los casos en que se había producido un cambio de situación esencial o habían surgido nuevos elementos de juicio cuya apreciación era necesaria para agotar el estudio de una cuestión.¹⁴⁸ Esto no impide, por supuesto, las naturales variaciones de orientación, por los cambios de opinión o de funcionarios. Pero en general se ha continuado con suma estabilidad toda la doctrina elaborada y la que sigue elaborando mantiene también, en sus líneas esenciales, dichas características. El dictamen de la Procuración no es vinculante para el Poder Ejecutivo,¹⁴⁹ que puede en consecuencia apartar-

¹⁴³ PTN, *Dictámenes*, 184: 165; 191: 80; 206: 400; 131: 390; 214: 128.

¹⁴⁴ PTN, *Dictámenes*, 196: 36; 214: 128; 223: 174.

¹⁴⁵ PTN, *Dictámenes*, 203: 223; 205: 139; 206: 84 y 133; 216: 32. A veces, para evitar los perjuicios que acarrea al reclamante la demora en el trámite de las actuaciones, emite su opinión a título de colaboración y con las limitaciones que emergen del incumplimiento de los antecedentes del caso.

¹⁴⁶ PTN, *Dictámenes*, 77: 245; 78: 256; en sentido similar BOSCH, JORGE TRISTÁN, "La Institución del «Attorney General» en los Estados Unidos de América," *LL*, 80: 913.

¹⁴⁷ PTN, *Dictámenes*, 129: 298; 131: 104; 159: 246; 172: 26; 191: 65; 192: 79; 202: 111; 203: 193; 214: 164.

¹⁴⁸ PTN, *Dictámenes*, 75: 289; 77: 207, 245.

¹⁴⁹ Pero sí para los abogados integrantes del Cuerpos de Abogados del Estado, que deben seguir sus criterios y no pueden contradecirlos ni cuestionarlos.

se de lo recomendado, aunque desde luego debe fundar adecuadamente dicho apartamiento. En algunos casos existen normas o prácticas administrativas (p. ej. para la concertación de acuerdos internacionales de préstamos) que exigen un dictamen favorable¹⁵⁰ de la Procuración, en el sentido de que el acuerdo a celebrarse no es objetable jurídicamente. Sin el dictamen favorable y exhaustivo, no se nos otorga el préstamo. Es para que después no arguyamos, de mala fe, que en realidad el préstamo que recibimos era nulo. Allí actúa en verdad como Asesor Legal de la República Argentina.¹⁵¹ De este modo se procura resguardar tanto la responsabilidad y los intereses de la entidad que efectúa el préstamo como los del propio país que lo recibe. La creciente importancia adquirida a través del tiempo por el dictamen de la Procuración del Tesoro no asegura con todo que la decisión final realmente vaya a seguirlo, aunque esto ocurra frecuentemente, ni que en caso de apartarse lo haga con una fundamentación satisfactoria de las razones por las cuales lo hace. Por ello, sería oportuno institucionalizar más adecuadamente el funcionamiento del dictamen de referencia en el trámite del recurso jerárquico.¹⁵² Salvando las diferencias, merece recordarse que en Italia, en el trámite del recurso extraordinario al Jefe de Estado, es necesario requerir la opinión del Consejo de Estado en forma previa a la resolución del recurso. Si bien el dictamen del Consejo de Estado es no vinculante, en caso que el ministro del ramo no lo compartiera, no puede elevar directamente un proyecto de decreto contrario con su sola firma, sino que debe someter la cuestión al Consejo de Ministros.¹⁵³ En tal supuesto el decreto que resuelve el recurso extraordinario al jefe de Estado debe hacer mención expresa de esa doble circunstancia de existir dictamen contrario del Consejo de Estado y tomarse la decisión en Consejo de Ministros.¹⁵⁴ Ese doble recaudo tiene por objeto llamar “la atención del jefe del Estado sobre la gravedad del caso, resultante de la discordancia entre el parecer y la decisión propuesta.”¹⁵⁵ En sentido similar, el proyecto de LINARES y nuestro sobre procedimiento administrativo establece en su art. 57: “El recurso jerárquico podrá ser resuelto en forma definitiva por el Secretario de Estado competente cuando se haga lugar a lo solicitado por el recurrente. Sólo podrá rechazar el recurso en forma definitiva cuando exista dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación y la decisión sea conforme a lo dictaminado. Cuando la decisión no se

¹⁵⁰ Se trata pues en estos casos de un dictamen obligatorio semi-vinculante: ver “El contrato de crédito externo,” cap. IV de GORDILLO, *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., esp. pp. IV-38-9.

¹⁵¹ PTN, *Dictámenes*, 226: 109; 227: 207 y otros.

¹⁵² Y en el trámite del recurso de alzada, mientras subsista.

¹⁵³ BODDA, PIETRO, *Giustizia amministrativa*, Turín, Giappichelli, 1963, p. 98. En otras palabras, debe haber una decisión motivada del Consejo de Ministros para poder decidir lo contrario de lo recomendado por el Consejo de Estado: GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *La giustizia amministrativa*, Roma, Jandi Sapi Editori, 1966, p. 70; LESSONA, *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, Florencia, 1964, p. 20.

¹⁵⁴ LESSONA, *La giustizia amministrativa*, op. cit., p. 65.

¹⁵⁵ LESSONA, op. loc. cit.

ajustara a lo dictaminado por la Procuración del Tesoro de la Nación en el caso, ella deberá ser suscripta por el Poder Ejecutivo.” Este criterio fue expresamente recogido por la Procuración del Tesoro de la Nación.¹⁵⁶

16. *Casos en que se requiere el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación*

Según lo dispone el art. 92 de la reglamentación, además¹⁵⁷ del previo dictamen del servicio permanente de asesoramiento letrado, es también obligatorio el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, en los siguientes casos.

16.1. *Recurso contra un acto del ministro*

Si el recurso jerárquico impugna una resolución del propio ministro, el dictamen es necesario para otorgar mayor imparcialidad al pronunciamiento. Ya explicamos en el § 12.2. que la tramitación del recurso en el propio Ministerio en el cual se ha producido el acto impugnado implica una sustancial disminución de garantías de un pronunciamiento imparcial. Esta norma trata de paliar o equilibrar dicha situación.¹⁵⁸ Si el acto impugnado no es del propio ministro que se encuentra en funciones al momento de requerirse el dictamen, sino de uno anterior, la exigencia es igualmente aplicable. Es que este tipo de decisiones no son personales del ministro, sino de la organización montada al efecto.¹⁵⁹

16.2. *Cuestiones jurídicas complejas*

Cuando la cuestión jurídica debatida fuere compleja,¹⁶⁰ p. ej. cuando hay dictámenes letrados contradictorios de distintos órganos de asesoramiento jurídico, es igualmente preceptivo el referido dictamen, conforme al art. 92. Es natural que ello sea así, por ser la Procuración del Tesoro la más alta autoridad administrativa en materia consultiva de la administración pública nacional, centralizada y descentralizada y a quien le corresponde por ende dirimir controversias de derecho en su seno.

16.3. *Jurisprudencia administrativa uniforme*

También la norma determina que será obligatorio requerir el dictamen de este organismo cuando se trate de cuestiones jurídicas a cuyo respecto sea conveniente

¹⁵⁶ Expte. 11.521/66, Secretaría de Estado de Hacienda.

¹⁵⁷ Comp. PEARSON, MARCELO MARIO, *Manual de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 1976, p. 93.

¹⁵⁸ En sentido similar PEARSON, *op. cit.*, p. 93.

¹⁵⁹ *Supra*, § 12.2, “Cuando se impugnan actos del ministro” y sus remisiones; nuestro libro *La administración paralela*, *op. cit.*, cap. II, § 3.2, p. 51. Es lo mismo que ocurre en otras instituciones, p. ej. la Procuración del Tesoro de la Nación.

¹⁶⁰ O “de excepcional trascendencia jurídica,” como más restrictivamente dice el art. 8° inc. a) del decreto 34.952/47 reglamentario de la ley 12.954.

establecer jurisprudencia administrativa uniforme, sean o no complejos en el plano jurídico los asuntos debatidos.¹⁶¹ Pensamos que un ejemplo típico de esta situación puede ser la propia interpretación de las normas de procedimiento, a cuyo respecto la uniformidad de aplicación es obviamente necesaria.

16.4. *Erario público*

La disposición comentada también requiere este dictamen cuando “estuviera comprometido el erario público,” recogiendo así la idea que contenía el anterior régimen del decreto 7.520/44, art. 11: “En todo recurso jerárquico en que haya interés fiscal, se dará vista al Procurador del Tesoro”. La fórmula era y es demasiado general, pues se asemejaba a lo dispuesto en el antiguo art. 85 inc. a) de la vieja ley de contabilidad, referente a la facultad del Tribunal de Cuentas de observar los actos administrativos “que se refieran a la hacienda pública.” Ello implicaba que todo acto de disposición de fondos del tesoro público debía siempre serle consultado. No parecería haber sido ésa la intención del Poder Ejecutivo en el anterior régimen del decreto 7.520/44 ni en el actual, ni es tampoco la práctica administrativa.¹⁶² Se requiere una entidad especial o una trascendencia inusual del debate pecuniario.

16.5. *Conveniencia*

Cuando el Poder Ejecutivo nacional lo estime conveniente para resolver el recurso, también se requerirá el dictamen previo de la Procuración del Tesoro.

17. *Plazo para la decisión y su cómputo*

El plazo de 30 días¹⁶³ que existe para la resolución del recurso jerárquico¹⁶⁴ corre automáticamente y sin necesidad de pedir pronto despacho. Puede contarse de las siguientes tres formas.

- a) “desde la recepción de las actuaciones por la autoridad competente;”
- b) desde “la presentación del alegato [...] si se hubiere recibido prueba;” o
- c) en caso de que “se hubiere recibido prueba” y no se hubiere presentado el alegato, desde el “vencimiento del plazo para hacerlo.”

Supongamos que no se abre formalmente a prueba el recurso, porque el particular acompañó con su recurso o antes de él la prueba que hace a su derecho. En tal caso dejó a criterio de la administración producir o no más prueba según que la aportada por el interesado le resultare o no suficiente elemento de convicción. Allí el plazo para la resolución del recurso y, por ende, la denegación tácita se

¹⁶¹ Este criterio ya venía de antaño, especialmente el decreto 34.952/47; PEARSON, *op. cit.*, p. 93.

¹⁶² Comp. PEARSON, *op. cit.*, p. 93: “De por sí, no es una causal suficiente.”

¹⁶³ Este plazo, que antes del decreto 1883/91 era de 60 días, ha significado un avance en esta materia: CANOSA, *El procedimiento...*, *op. cit.*, p. 1302.

¹⁶⁴ Art. 91 de la reglamentación.

cuenta desde la “recepción de las actuaciones por la autoridad competente.” No puede interpretarse que el plazo se cuenta a partir del momento que el proyecto de resolución está en la antesala o en el escritorio del ministro, pues la extensión del plazo no está concebida para el supuesto de la firma ministerial.¹⁶⁵ El plazo de treinta días a que se refiere el art. 91, no habiendo producción de prueba, se computa desde la recepción de las actuaciones¹⁶⁶ a que se refieren los arts. 88 y 90. Dicha elevación debe efectuarse dentro del quinto día de presentado el recurso.¹⁶⁷

18. *Decisión expresa*

La decisión expresa puede en la práctica producirse durante el plazo previsto en la reglamentación o después de él. A su vez, ello puede ocurrir sea de oficio o ante el amparo por mora de la administración interpuesto por el interesado.

Aunque el particular haya resuelto considerar tácitamente denegado el recurso, de todos modos la administración puede producir a su respecto una decisión expresa al igual que si el particular ya ha iniciado la vía judicial. Pero en ambos casos parece claro que ya la administración no puede mantener ni reformar su acto. Si tardíamente resuelve, sólo puede serlo con el alcance de otorgar una resolución favorable al recurrente, no ya una decisión adversa.

Surge del art. 100 de la reglamentación que la decisión expresa en el recurso jerárquico abre al interesado la vía judicial. El art. 23, inc. a) del decreto-ley 19.549/72 expresa que la impugnación judicial puede efectuarse cuando el acto impugnado “revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas.”

Tales expresiones han de interpretarse del siguiente modo: a) definitivo, en el sentido de resolver acerca del fondo de la cuestión planteada; b) que se hubieren agotado las instancias administrativas, es no haber ya otros recursos administrativos que sea obligatorio interponer para habilitar la vía judicial.

El art. 100, por su parte, aclara que la interposición de los recursos de reconsideración o revisión contra las decisiones “definitivas o con fuerza de tales que el Poder Ejecutivo Nacional, los ministros o los secretarios de la Presidencia de la Nación dictaren en recursos administrativos y que agoten las instancias de esos recursos,” suspende el curso de los plazos previstos en el art. 25. Por lo tanto dichos recursos son potestativos para el particular y en caso de no interponerlos queda habilitada desde ya la vía judicial y empieza a correr el plazo de noventa días para hacerlo.

¹⁶⁵ Ya vimos que el estudio de las actuaciones no lo hace la autoridad que suscribirá el acto, sino el conjunto burocrático. El plazo reglamentario incluye ese trámite burocrático y la suscripción del acto por el ministro o el Presidente en su caso, aspecto éste que por lo general no lleva mucho tiempo una vez listo el expediente para la toma de decisión final, o sea, la firma.

¹⁶⁶ Conf. LINARES, JUAN FRANCISCO, “El silencio administrativo denegatorio en la ley 19.549,” *LL*, 1980-C, 768.

¹⁶⁷ Art. 90.

19. *Denegación tácita*

La denegación tácita del recurso se produce sólo por decisión del recurrente¹⁶⁸ y éste puede considerarla producida una vez transcurrido el plazo señalado en el art. 91, no siendo necesario “pedir pronto despacho para que se produzca la denegatoria por silencio.” Esta última aclaración se encuentra dentro de la tónica general de la reglamentación de no exigir al recurrente ningún trámite adicional para que pueda considerar tácitamente denegado un recurso o petición una vez cumplidos los respectivos plazos legales o reglamentarios y debe considerársela saludable. Se trata de una opción que la reglamentación confiere al recurrente, quien no se encuentra obligado a dar por denegado el recurso; no puede tampoco interpretarse que el recurso se encuentra tácitamente denegado en ausencia de su manifestación de voluntad en tal sentido. Dado que la administración siempre tiene la obligación de resolver los recursos,¹⁶⁹ aun luego de transcurridos los términos para hacerlo, ella debe dictar resolución para dar por terminada la cuestión. Tampoco puede disponer el archivo si no ha resuelto. El efecto de la denegación tácita se concreta en la posibilidad que así tiene el interesado de continuar con las demás vías de impugnación que en cada caso sean pertinentes: en el caso del recurso jerárquico, dado que él agota la instancia administrativa, se trata de la vía judicial a menos que el interesado opte por interponer previamente recurso de reconsideración. Una muy importante y obvia diferencia entre la denegación tácita y la denegación expresa del recurso, es que en el caso de la denegación tácita no empieza a correr plazo alguno para la prosecución de las vías subsiguientes. Ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Galián*¹⁷⁰ declaró inconstitucional una norma que fijaba un plazo de denegación tácita y a partir del mismo hacía nacer un término a un acto procesal del particular para la continuación del proceso. Tal tipo de disposiciones, cuando existen,

¹⁶⁸ Dice HUTCHINSON, TOMÁS, “La morosidad administrativa y la solución legal del amparo por mora,” *RAP*, 21: 7, 9, Buenos Aires, 1980, que al acordarle al silencio de la administración un sentido concreto, “establece la ley una facultad del particular y no un derecho de la Administración,” *Ley Nacional...*, op. cit., t. II, p. 445 y ss.; REJTMAN FARAH, op. cit., p. 83: “se trata de una ficción que la ley establece en beneficio del que inició el procedimiento,” CANOSA, *Los recursos...*, op. cit., p. 190; “Autolimitaciones de la administración en materia de silencio y caducidad,” *ED*, 158: 271.

¹⁶⁹ La doctrina es uniforme: HUTCHINSON, op. loc. cit.; REJTMAN FARAH, op. loc. cit.; conf. CNFed. CA, Sala II, *Goldberg*, *ED*, 74: 222, año 1977. Comp. MUÑOZ, GUILLERMO A., *Silencio de la administración y plazos de caducidad*, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 51: “Otra cosa es que la supresión del pronto despacho en vía recursiva sea conveniente y signifique un real beneficio para el administrado. La práctica general revela que, por lo general, los particulares prefieren esperar una resolución expresa de los órganos superiores de la Administración, que, frecuentemente, se produce con bastante posterioridad al vencimiento del plazo para resolver los recursos jerárquicos.” Ver también el art. 3º inc. i) del decreto 229/00.

¹⁷⁰ CSJN, *Fallos*, 300-2: 1292, 1296, *Galián*, 1978: “la regulación legislativa y reglamentaria referida al silencio administrativo debe evitar que por tal actitud los particulares queden fuera de la protección jurisdiccional, en situación de indefensión. Frente a la inercia del órgano, la vía de la ficción legal no puede utilizarse para aniquilar los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados.”

importan una irrazonable restricción al derecho de defensa del particular, pues es obvio que los plazos deben ser claros y computarse de manera franca, a partir de determinaciones expresas, notificadas en legal forma y no de actos virtuales o implícitos. La solución que explicamos se encuentra en el inc. a) del art. 25, al establecer que el plazo se cuenta a partir de la notificación al interesado del acto administrativo, que sólo puede serlo del acto expreso. La misma solución se halla en el art. 26: “La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 10.” La ley 25.344 ha intentado cambiar esta regla en cuanto a que no existe plazo para impugnar judicialmente el acto cuando se trata de denegación tácita; pues la regla anterior era, como es sabido, que la denegación tácita habilitaba al interesado a “iniciar la demanda en cualquier momento, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción” (art. 31.) Allí la norma legal era categórica en cuanto a la inaplicación del plazo de caducidad.¹⁷¹ El sistema del decreto-ley resultaba así coherente y en todos los casos en que se abría la vía judicial por silencio de la administración no había otro plazo que el de prescripción, con la prevención que hemos anunciado en la nota precedente.¹⁷²

Según la modificación introducida por la ley 25.344 “El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurriesen otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción.”¹⁷³ Esta nueva norma es claramente inconstitucional en cuanto pretende la caducidad de la acción luego de un plazo de denegación tácita, como ya ha sido claramente resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del ya citado caso *Galián* y también *Fundación Universidad de Belgrano*, del mismo año. Parece improbable que la justicia cambie tan claros como bien fundados precedentes. No existe relación alguna entre la emergencia invocada por la ley y la pérdida de derechos que ella pretende imponer en base a un cómputo ficto de plazos de denegación.

El art. 10, por su parte, dispone un plazo genérico de sesenta días más un plazo adicional de treinta días luego de pedido pronto despacho, todo ello para el caso de que no existan normas especiales con un plazo menor de denegación tácita: “si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el

¹⁷¹ Es cuestión debatida. Ver JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “Los reclamos. Reflexiones sobre el reclamo administrativo previo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, op. cit., p. 133 y ss., 147, notas 60 y 61; RASPI, ARTURO EMILIO, “El silencio de la administración,” en UA, *Procedimiento administrativo*, op. ult. cit., p. 121 y ss., 129, notas 27 y 28.

¹⁷² Art. 31 del decreto-ley 19.549/72, modificado por el art. 12 de la ley 25.344.

¹⁷³ Ver *supra*, cap. IX, “Los recursos de reconsideración,” § 13, “El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial” e *infra*, cap. XII, “El reclamo administrativo previo,” § 12, “El uso optativo del reclamo.”

pronunciamiento.” En otras palabras, el art. 10 contempla tanto el supuesto de que las normas de cada recurso tengan un plazo de denegación tácita, hipótesis en la cual se remite a tales normas, como el supuesto de que no lo tengan, caso en el cual lo crea.

El art. 26 ha de interpretarse en el sentido de que se refiere indistintamente a ambas situaciones y el transcurso de los plazos de denegación tácita del recurso jerárquico ha de ser encuadrado dentro de la primer hipótesis del tercer párrafo del art. 10 y del art. 26 del decreto-ley: denegación tácita que habilita *sine die* la vía judicial, salvo lo atinente a la prescripción de cada acción en particular. Sin embargo no es prudente jugarse en la práctica a esa interpretación. Si se piensa pedir pronto despacho se estará más seguro preparando la demanda para interponerla inmediatamente después de producida la denegación tácita por silencio, sin dejar pasar los noventa días que corresponden a un acto expreso.

El abogado previsor estará siempre en guardia contra los cambios de regulación e interpretación. En caso de duda y siendo ello posible, conviene contar el plazo más breve y mezquino y atenerse a él, interponiendo en ese término la acción judicial. Es el único reaseguro contra la inestabilidad jurídico administrativa.

Capítulo XI

RECURSO DE ALZADA

1. Terminología

El recurso de alzada, conforme la denominación actual,¹ antes se llamaba recurso jerárquico impropio.² En el derecho comparado a veces se usa la expresión “recurso de alzada” como sinónimo de “recurso jerárquico” y entonces el “recurso de alzada *impropio*” corresponde a lo que aquí ahora se llama recurso de alzada a secas.³ Dado que en nuestro derecho no hay lugar a confusiones por el empleo de una u otra denominación, su uso nos resulta indistinto. En las dos primeras ediciones de *Procedimiento y recursos administrativos* (1964 y 1971) utilizamos la expresión “recurso jerárquico impropio,” que era la entonces predominante. Atenta la nueva estipulación normativa, la utilizamos desde la 3ª ed.⁴ Pero no sólo la denominación cambia: Su amplitud y procedencia evoluciona restrictivamente, lo que consideramos una tendencia positiva que conducirá a su supresión.⁵ El “recurso ordinario o de alzada” de la ley española 30/1992 (denominado “recurso

¹ SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1974, 4ª ed., actualizada por DANIEL H. MARTINS, p. 474; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 144; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Procedimiento administrativo y recurso jerárquico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 143-4; *Manual de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1968, p. 1017; ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, 1967, p. 419; *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 352.

² Denominación que criticaban FIORINI, *op. loc. cit.* y ESCOLA, *op. loc. cit.*

³ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, p. 815; COURBE-COURTEMANCHE, NICOLE, *Les recours contre les actes administratifs en droit espagnol*, Madrid, 1960, p. 80.

⁴ Lo explicamos *infra*, § 2, “Competencia.”

⁵ Bolivia, arts. 56 a 69; Colombia, 50; Perú, 207 inc. 1º aps. a), b) y c), incluye el recurso de alzada, estableciendo que son actos que agotan la vía administrativa, impugnables judicialmente en forma directa: “Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales” (218 inc. 2º ap. e); DANÓS ORDOÑEZ, JORGE; VIDAL PERDOMO, JAIME; ROJAS, JUAN FRANCISCO; ESPINOSA-SALDAÑA, ELOY; PEREIRA BARRERA, ROBERTO; SANTOFIMIO, JAIME ORLANDO; TIRADO, RICHARD MARTIN y MORÓN URBINA, JUAN CARLOS, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general. Ley N° 27.444*, Lima, ARA, 2001. En contra Venezuela, art. 96.

de alzada” desde la ley 4/1999), de carácter preceptivo y no facultativo, no guarda similitud con nuestro recurso de alzada nacional.⁶ Si bien estos comentarios pueden resultar confusos al lector no informado de ambos ordenamientos, advierten del cuidado a tener en la comparación con el derecho español. Algo parecido ocurre con otras instituciones ibéricas, como el “amparo” que en realidad es pariente foráneo de nuestro “recurso extraordinario” y nada tiene que ver con lo que aquí denominamos acción de amparo. Normalmente hubiéramos omitido este tipo de aclaración, pero dada la hermandad de ambos sistemas parece necesario puntualizar algunas de las diferencias más llamativas, a modo de advertencia.

2. Competencia

2.1. No existe jerarquía

La doctrina es uniforme en señalar que no existe relación jerárquica⁷ entre la administración central y los entes descentralizados, lo que implica diversas consecuencias jurídicas. Así, la administración central no tiene potestad de avocación⁸ o de emitir órdenes concretas o instrucciones.⁹ Además, aun procediendo la alzada, las normas y la doctrina la limitan clásicamente a sólo cuestiones de legitimidad¹⁰ y ponen en tela de juicio la facultad de reforma o sustitución del acto impugnado. La doctrina comparada considera anormal esta forma de tutela de la administración central sobre los actos de los entes descentralizados. Es en ese marco restrictivo del sistema clásico que cabe apreciar su posterior evolución, estado actual y prospectiva. Sin embargo, cabe reparar en que ciertas medidas gubernamentales parecerían adoptar una interpretación francamente contraria a lo dicho, centralizadora del control, incluso con agravio a la jerarquía de normas.¹¹

2.2. Tendencia hacia el decreciente nivel jerárquico para resolver la alzada

La cuestión de quién resuelve el recurso de alzada viene lenta pero firmemente modificándose en el tiempo, en el sentido de otorgarse competencia para su re-

⁶ GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, JOSÉ MARÍA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la ley 30/1992)*, Madrid, Civitas, 1995, 2ª ed., p. 248 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, t. II, Madrid, Civitas, 1997, p. 1753 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, p. 555 y ss.

⁷ Entre otros, recientemente, BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 689.

⁸ *Supra*, t. 1, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 11, “La avocación” y 12, “La jerarquía.”

⁹ AGUILAR VALDEZ, OSCAR, “El recurso de alzada,” en TAWIL, GUIDO S. (dir), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 374: “excluye —como principio— que ésta esté sujeta a ordenes o instrucciones de la administración central.”

¹⁰ *Supra*, t. 1, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 12, “La jerarquía.”

¹¹ Ver BOULLAUDE, GUSTAVO, “Un paso atrás en la independencia funcional de los organismos de control de servicios públicos de competencia nacional,” *RDA*, 2006, 57: 846-55.

solución, cuando es procedente, a órganos de sucesivamente menor jerarquía.¹² La solución primigenia fue que la decisión del recurso correspondía al Poder Ejecutivo.¹³ En 1972 se comenzó a admitir que “una norma expresa” podía acordar esta competencia a otro órgano de la administración;¹⁴ en 1973 se facultó a los ministros en la tendencia de evitar la intervención presidencial.¹⁵ En 1991 se autorizó también a los secretarios de la Presidencia, cuando los entes actuaran en ese ámbito.¹⁶ Se advierte así cómo va perdiendo progresivamente vigencia el argumento que fundaba la alzada en las facultades constitucionales implícitas del Poder Ejecutivo. Ello es obvio si el P.E. puede admitir que una resolución ministerial habilite la instancia judicial obviando su participación, a su juicio ninguna cuestión constitucional se lo impide. Es la doctrina de los actos propios.

La tendencia seguirá bajando el nivel de decisión, primero para dejarlo en manos de los Secretarios o Subsecretarios de Estado,¹⁷ quedando allí expedita la vía judicial si el particular optó, innecesariamente, por seguir la vía administrativa,¹⁸ el destino final de este medio de impugnación puede ser su desaparición.

2.3. Tendencia normativa a la supresión de la alzada

El paso siguiente es eliminar la alzada y habilitar directamente la revisión judicial, como en EE.UU., lo cual tiene ventajas políticas y administrativas tanto para el titular del Poder Ejecutivo y sus ministros y secretarios, como para la salud del país, al fortalecer el control judicial.¹⁹

¹² MATA, ISMAEL, “El recurso de alzada contra las decisiones de los entes reguladores de servicios públicos,” en UA, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, pp. 888-98, esp. p. 890; GORDILLO, AGUSTÍN y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed., p. 542.

¹³ Decr. 7.520/44; PTN, *Dictámenes*, 61: 52; ESCOLA, *Tratado teórico-práctico...*, op. cit., p. 436; nuestro *Procedimiento y recursos administrativos*, ed. de 1964, p. 195; ed. de 1971, p. 470.

¹⁴ Según el viejo art. 96: “El Poder Ejecutivo será competente para resolver el recurso de alzada, a menos que una norma expresa acuerde esa competencia a otro órgano de la Administración.”

¹⁵ Decr. 1744/73, que sustituye el art. 96 de la reglamentación por el siguiente: “El Ministro en cuya jurisdicción actúa el ente autárquico, será competente para resolver en definitiva el recurso de alzada.” Todavía el decreto 1383/74 acordó esa facultad en algunos casos a la Corporación de Empresas Nacionales, luego suprimida; ver MATA, op. cit., pp. 888-98, esp. p. 890.

¹⁶ Con las modificaciones del decr. 1883/91, el art. 96 queda redactado así: “El ministro o secretario de la Presidencia de la Nación en cuya jurisdicción actúe el ente autárquico, será competente para resolver en definitiva el recurso de alzada.”

¹⁷ P. ej., art. 76 del decreto 1398/92, que establece que los recursos de alzada contra las resoluciones del ENRE serán resueltos, en definitiva, por la Secretaría de Energía Eléctrica.

¹⁸ Según Mata el plazo de 90 días hábiles judiciales es perentorio y se aplica en ambos casos: MATA, “Los plazos en el procedimiento administrativo,” en AA.VV., *Procedimiento y proceso administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pp. 151-9, esp. p. 154.

¹⁹ Se trata en nuestro país p. ej. de los tribunales de defensa de la competencia y también de las autoridades de tutela del usuario o consumidor, cuyos actos en sede administrativa “son decisiones últimas, no susceptibles de ser revisadas por una autoridad superior y sólo atacables en sede judicial, descartándose por ende los recursos jerárquico y de alzada.” BERSTEN, HORACIO LUIS, *Derecho Procesal del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 50.

Merece destacarse la discusión que generó en la Ciudad de Buenos Aires la ley reglamentaria del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos que en su primera versión (ley 99), vetada por el Jefe de Gobierno, excluía la revisión en alzada. La nueva ley 210, promulgada sin observaciones, establece correctamente la improcedencia de la alzada (art. 23). Finalmente prosperó, en consecuencia, la tesis que aquí recogemos, que no es otra que la del derecho estadounidense.²⁰

En tal sentido cabe destacar el creciente número de leyes que prevén un recurso judicial directo contra la decisión del ente descentralizado o autárquico, o autoridad regulatoria independiente. A veces dejan la alzada como optativa (ENRE, ENARGAS)²¹ y en otras lisa y llanamente la excluyen. Así las Universidades Nacionales,²² el B.C.R.A.,²³ los actos del ENARGAS que resuelven controversias, etc. Todo ello apunta hacia la extinción del recurso de alzada. En la misma línea se insertan órganos²⁴ o entes como la Comisión Nacional de Valores, la Inspección General de Justicia, el Tribunal Administrativo de la Navegación, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia,²⁵ SIGEN, AFIP, Tribunales Arbitrales de Consumo, etc. Tengan o no personalidad jurídica propia y trátase en consecuencia de la alzada o el recurso jerárquico, una cosa parece clara: no es concebible la revisión de sus actos por la administración central y sólo están sometidos a control judicial.²⁶ Se sigue fortaleciendo la tendencia a crear organismos, con o sin personalidad jurídica, claramente independientes del control del Poder Ejecutivo.

Por su parte el art. 13 de la ley de ministerios 25.233, al crear la oficina Anti Corrupción le da las mismas atribuciones que la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas establecidas en los arts. 26, 45 y 50 de la ley 24.946. En ese contexto, un recurso jerárquico o de alzada es improcedente.²⁷ Lo mismo cabe decir de la Comisión Nacional de Ética Pública, que ha sido creada en el ámbito

²⁰ *Infra*, § 7, “Conclusión. El precedente de los EE.UU.” Ver MATA, “El recurso de alzada contra las decisiones de los entes reguladores de servicios públicos,” *op. cit.*, pp. 888-98, esp. p. 891.

²¹ Ampliar en MATA, “El recurso de alzada...,” *op. cit.*, pp. 888-98.

²² Hoy la alzada contra los actos de las universidades parece insostenible, en la nueva Constitución y el nuevo sistema de fractura del poder (t.1, cap. III).

²³ Arts. 42 y 47 de la ley 21.526 de entidades financieras.

²⁴ Obviamente, si hablamos de un órgano de la administración central el uso semántico correcto es que no procede el recurso jerárquico. Pero aquí la diferencia es sólo verbal, pues analizamos casos en que, trátase de recurso jerárquico o de la alzada, lo cierto es que no procede revisión alguna por el Poder Ejecutivo, ni sus ministerios, etc. Sólo procede la revisión judicial directa.

²⁵ Ley 25.156, que cambia el criterio del decreto-ley 22.262 (art. 26). Ver VERGARA DEL CARRIL, ÁNGEL D., “Nuevo régimen de Defensa de la Competencia. Introducción del control de concentraciones,” *ED*, 186: 1062, § 5. La “apelación” judicial tiene un plazo de 15 días, art. 53. El art. 57 excluye la aplicación del decreto-ley 19.549/72 y con él, la alzada o el recurso jerárquico.

²⁶ Ampliar en GORDILLO y DANIELE, (dirs.), *op. cit.*, p. 549 y jurisprudencia administrativa allí citada. Hay doctrina que postula que se admita la impugnación administrativa sin perder el plazo para acudir a la justicia.

²⁷ Nos parece que el único sentido que puede darse a la ley 25.233 es que funcionalmente esa oficina es independiente de la administración pública, como lo fue legalmente la Fiscalía. Ver también BIANCHI, ALBERTO, “La Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas (Funcionamiento y pautas para su reforma),” *ED*, 107: 849.

del Congreso de la Nación como órgano independiente.²⁸ El criterio es el mismo para la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo de la Nación, etc. Todos ellos son independientes incluso del Poder Legislativo en cuanto al recurso de alzada. Por ahora se pueden encontrar explicaciones puntuales respecto a la no ingerencia gubernamental en las decisiones de estos entes y su sola sumisión al control judicial, pero lo cierto es que se insertará en una tendencia general, nacional y comparada, a la supresión misma de la alzada y la creación de tribunales administrativos independientes para que dicten, sujeto a control judicial suficiente y adecuado, el primer acto administrativo. En esta hipótesis estarán dadas las condiciones objetivas para que ese primer acto respete los principios del debido proceso adjetivo y sustantivo, con la suficiente razonabilidad de criterio como para que la justicia no tenga que estar siempre enmendando los permanentes errores de una administración signada por la improvisación, la subjetividad, los amigos y enemigos del poder de turno, etc. Estimamos que con el tiempo la solución habrá de generalizarse, en el interés de la sociedad y del propio gobierno.²⁹ Otros supuestos de exclusión de la alzada en razón del sujeto son los siguientes:

2.3.1. *La evolución en materia de Universidades nacionales*³⁰

Un decreto-ley —declarado inconstitucional— prohibió la alzada ante el Poder Ejecutivo. El decr. 1883/91 la admitió “incluidas las universidades nacionales.” Pero la reforma constitucional de 1994 estableció en su art. 75 inc. 19 “la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.”³¹ La ley 24.521 resuelve que la autonomía universitaria importa la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo o el ministerio entiendan en la resolución de tales recursos, lo cual, por supuesto, es la única solución constitucional. Contra las resoluciones definitivas de las uni-

²⁸ Ley 25.188, art. 23.

²⁹ No han advertido nuestros juristas la utilidad política de ese sistema.

³⁰ Ver GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, p. 544; CSJN, *U.B.A. c/ Gobierno Nacional*, Fallos, 314-1: 570, año 1991; *ED*, 142: 572, con notas de BIDART CAMPOS, “La autonomía universitaria y la revisión de las decisiones universitarias por el Poder Ejecutivo;” CANOSA, “Un fallo esperado. La autonomía universitaria,” *ED*, 142: 576; TAWIL, GUIDO S., “El decreto 1111/89 y el control de legitimidad de los actos dictados por las universidades nacionales,” *LL*, 1990-A, 1121; QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, “La autonomía universitaria,” *LL*, 1987-B, 724; COLAUTTI, CARLOS E., “Una valiosa disidencia (A propósito del fallo *Universidad de Buenos Aires c/ Estado nacional*),” *LL*, 1991-E, 136; BIANCHI, “El viejo problema de la autonomía universitaria en un fallo de la Corte Suprema con balcones a la polémica (Un *holding* que parece *obiter* y un *obiter* que parece *holding*),” *RDA*, 6: 131; GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “Organización administrativa y autonomía universitaria,” en HUTCHINSON, TOMÁS (dir.), *Colección de Análisis Jurisprudencial. Elementos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, § III a V, pp. 258-64, que comenta el fallo de la CSJN, *Ministerio de Cultura y Educación c/ Universidad Nacional de Luján* (27-V-99);

³¹ Conf. CASARINI, LUIS E., “Dos interesantes fallos de la Corte Suprema y un nuevo rumbo en materia de universidades nacionales y su status jurídico (¿Y la disidencia de Fayt se ‘hizo mayoría’...?),” *JA*, 2004-I, pp. 58-69; LORENZUTTI, JAVIER I., “Responsabilidad subsidiaria del Estado por las Universidades Nacionales,” *RAP*, 330: 37-43; GONZÁLEZ DEL GESSO, MARÍA V., “La naturaleza jurídica de las universidades nacionales en un reciente fallo de la Corte. Un giro de ciento ochenta grados en la jurisprudencia del Alto Tribunal,” *RDA*, 16: 402-11.

versidades *sólo* podrá interponerse recurso directo ante la Cámara Federal.³² No compartimos la opinión de HUTCHINSON, que admite el recurso en la “hipótesis de algún proceder manifiestamente arbitrario, pues estos criterios corresponden al esquema constitucional anterior a 1994;”³³ ni otras opiniones más omnicomprendivo para admitir la alzada en ausencia de norma expresa.³⁴ Era una buena solución en otros tiempos, hoy disvaliosa ante el crecimiiento hegemónico del P..

2.3.2. *Casos en que la Nación no es parte*

En las corporaciones en que la Nación no es parte, como p. ej. el Consejo Federal de Inversiones,³⁵ no procede el recurso de alzada contra sus actos.³⁶

2.3.3. *Provincias y municipios*

No procede contra los actos de Provincias, aún si el gobierno de la provincia es transitoriamente ejercido por un interventor federal,³⁷ ni de las municipalidades locales, cuyos actos administrativos tampoco dan lugar al citado recurso.³⁸

2.4. *Tendencia a la inadmisibilidad de la alzada*

2.4.1. *Entes interjurisdiccionales*

Con los entes interjurisdiccionales formados por personas públicas de distinta jurisdicción (Provincias, Municipios con o sin la Nación), la cuestión reviste

³²CANOSA, *op. cit.*, p. 217 y ss., esp. p. 220; GALLEGOS FEDRIANI, PABLO, “La nueva ley universitaria y el recurso de alzada,” *LL*, 1996-B, 896; GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, “Autonomía Universitaria: con cautela resguardada,” *LL*, 1996-D, 221.

³³HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1998, 4ª ed., p. 357. Por lo expuesto, no compartimos ese criterio: En la jurisprudencia, quien interpone la alzada puede perder la vía judicial, ya que ella ha interpretado que el plazo de impugnación judicial sigue corriendo; es una solución en detrimento del propio recargo de tareas del Poder Judicial, que sirvió para quitarse un expediente a costa de invitar a una miriada más. Ver GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 2000, § 55, p. 133, “El recurso de alzada no interrumpe el plazo para la acción judicial,” nota a *Pereyra de Ferreira* (CFApel Resistencia, *LL*, 1997-A, 99). La Sala III de la Cámara Federal de La Plata devolvió fugazmente a la vida al recurso de alzada en el ámbito universitario en *Larcamón*, apartándose de la evolución normativa en la materia: GARCIA SANZ, “Autonomía universitaria: ¿camino a una nueva jurisprudencia de la CSJN?” *JA, Suplemento de Derecho Administrativo*, 2004-I.

³⁴BARRAZA, JAVIER INDALECIO, “El recurso de Alzada,” *RAP*, 367:47.

³⁵Organismo creado por las provincias en 1959 para promover el desarrollo armónico del país y sus regiones; sus fondos provienen de la coparticipación.

³⁶En alguna ocasión el C.F.I. fue intervenido por la Nación, p. ej. en 1966 y por decreto-ley 16.964/66 quedó incorporado al sistema nacional de planeamiento (ver nuestro libro *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, p. 447 y ss.), pero aun así el recurso de alzada no fue declarado procedente: la solución y el problema, en esto, es igual a lo que ocurre en materia de intervenciones federales en las Provincias, que comentamos *infra*, § 2.3.3.

³⁷Tampoco procede contra los actos de los gobernadores de Provincia: ver p. ej. el decr. 24.999/48.

³⁸PTN, *Dictámenes*, 94: 48; BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Las empresas públicas en el derecho comparado*, Caracas, 1967, p. 249; ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, t. I/1, Madrid, Tecnos, 1998, 12ª ed., p. 274, nota 3.

alguna complejidad. Algunos de estos entes asumen formas de derecho público, como corporaciones públicas estatales,³⁹ en tanto otros se organizan bajo formas de sociedad anónima o específicamente sociedad del Estado como es el caso del CEAMSE.⁴⁰ Es clara la improcedencia de la alzada en el caso de COIRCO, Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (decreto-ley 21.611/77); AIC, Autoridad Interjurisdiccional de las Cuencas de los ríos Limay, Neuquén y Negro (23.896); COREBE, Comisión Regional del Río Bermejo (22.697), que fueron aprobados por leyes o decretos-leyes provinciales. El decr. 200/00,⁴¹ art. 1º, inc. 13, contempla la alzada solamente para los entes “de su jurisdicción,” por ende no los interjurisdiccionales. Parece la solución correcta, desde el punto de vista constitucional.

2.4.2. *Personas no estatales*

En cuanto a las entidades no estatales cuya función eventualmente pública llevase a admitir que dicten algunos actos administrativos, se discute si contra tales casos procede o no la alzada.⁴² Por nuestra parte, si bien consideramos que pueden dictar actos administrativos, sostenemos en la actualidad que contra tales actos sólo procede la vía judicial. Dado que estamos propiciando la tesis restrictiva de la alzada contra entes estatales descentralizados, con mayor razón entendemos que ella es inadmisibles respecto de personas públicas no estatales, aunque dicten actos administrativos. El creciente intervencionismo controlador del Estado en empresas privadas va a contrario de las tendencias contemporáneas en el mundo desarrollado, por lo que mal se puede proponer su expansión. En el derecho local argentino el recurso se admite en la Ciudad de Buenos Aires, Corrientes, Formosa, La Rioja, Mendoza, Neuquén y Salta.⁴³ No ocurre lo mismo en el orden nacional.⁴⁴

³⁹ Ver nuestro libro *Empresas del Estado*, op. cit., cap. V, p. ej. la Corporación del Mercado Central de Buenos Aires, aprobada a nivel de la Nación (uno de sus socios al igual que la Provincia y la Ciudad) por el decreto-ley 17.422/67.

⁴⁰ Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado, creada por acto de las tres jurisdicciones: Las leyes 8782 y 8981 de la Provincia de Buenos Aires, la Ordenanza 33.691 de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y el decr. nacional 3457 / 77.

⁴¹ B.O. 9-III-00.

⁴² Ver *supra*, t. 3, cap. I, § 11, “El acto administrativo —y no los contratos administrativos— de entes no estatales,” 12, “Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales,” esp. § 12.4, “Sociedades del Estado.” Ampliar y comparar MAIRAL, *Control...*, op. cit., p. 329; CANOSA, op. cit., p. 158; ABERASTURY (H.), PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 158.

⁴³ HUTCHINSON, *Las corporaciones profesionales*, Buenos Aires, FDA, 1982; Corrientes, arts. 2º y 88 del decreto-ley 3460/79; Formosa, decreto-ley 584/78; La Rioja, arts. 1º y 184 del decreto-ley 4044/81; Mendoza, decreto-ley 3918, que modifica así el decreto-ley 3.909/73; Neuquén, art. 1º del decreto-ley 37/81; Salta, art. 1º y 184 del decreto-ley 5348/78; Ciudad de Buenos Aires, arts. 1º y 113 del decr. de 1510/97, RAP, 230: 93, Buenos Aires, 1997. El art. 1º dice: “Las disposiciones de esta ley se aplicarán [...] a los entes públicos no estatales en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes de la Ciudad de Buenos Aires.”

⁴⁴ Como lo explicamos en el § 3.6, “Órganos o entes con procedimientos especiales pseudo-jurisdiccionales en sede administrativa.”

2.4.3. Otros casos

Los actos del *Stud Book* del Jockey Club de Buenos Aires⁴⁵ no hacen procedente el recurso de alzada, lo mismo que los entes cooperadores que administran fondos para estatales bajo leyes especiales (colegios públicos, etc.). Se se ha denegado también la procedencia del recurso contra actos de la Comisión Argentino-Alemana, decreto-ley n° 15.365/57,⁴⁶ por ser un organismo ajeno a la administración pública.⁴⁷ Tampoco procede la alzada contra los actos de personas públicas no estatales como el C.P.A.C.F., ni contra los actos de concesionarios o licenciarios⁴⁸ y a veces ni siquiera de los entes reguladores.⁴⁹

2.5. Derecho comparado

En el derecho comparado es predominante la tesis de que el recurso de alzada no es admisible en ausencia de norma legal expresa,⁵⁰ a lo que algunos agregan implícita.⁵¹ A ello cabe agregar la trascendente circunstancia de que hasta la doctrina comparada contemporánea más destacada ha tenido oportunidad de criticar agudamente la visión local de alguna doctrina y jurisprudencia respecto al recurso administrativo previo obligatorio antes de la revisión judicial.⁵² Nuestra antigua doctrina administrativa la fundaba en el control constitucional del Poder

⁴⁵ Ley 20.378 y decr. 4827/73 reglamentario.

⁴⁶ Decreto-ley 15.365/57, art. 10; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, 5ª ed., p. 722.

⁴⁷ MARIENHOFF, t. I, *op. cit.*, p. 666, quien reafirma así su criterio de que no hay actos administrativos de entidades no estatales, t. II, *op. cit.*, 1ª ed, p. 251; hemos expresado la opinión afirmativa *supra*, t. 3, cap. I, § 11, “El acto administrativo —y no los contratos administrativos— de entes no estatales” a § 13, “Clubes de campo y barrios cerrados.”

⁴⁸ Ampliar en CANOSA, *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 95 y nota 69; PERRINO, PABLO, “El régimen del agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense,” *ED*, 184: 825, 856.

⁴⁹ Así en la Provincia de Buenos Aires, según se desprende de PERRINO, *op. cit.*, pp. 854-8. Ver también *supra*, texto y nota 16, para el sistema nacional.

⁵⁰ GARRIDO FALLA, t. III, *op. cit.*, p. 151; SERRANO GUIRADO, “El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado,” *RAP*, 10: 154, Madrid, 1953; BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, “Recurso contra decisiones de entidades autárquicas institucionales,” *RAP*, 18: 162, Madrid, 1955; GUICCIARDI, ENRICO, *La giustizia amministrativa*, Padua, CEDAM, 1957, 3ª ed., pp. 124-6; LESSONA, SILVIO, *La giustizia amministrativa*, Bologna, 1955, p. 47; SALEMI, GIOVANNI, *La giustizia amministrativa*, Padua, 1952, pp. 34 y 41-2. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, Abella, 1969, 2ª ed., p. 255; *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, p. 815; PUCHETI, ANTONIO CORRADO, *Il ricorso gerarchico*, Padua, 1938, p. 213-4.

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Natureza e regime jurídico das autarquias*, San Pablo, 1967, p. 456, admite la previsión legal implícita del recurso, p. 458; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 475: “Mientras que el recurso jerárquico, por ser un atributo propio de la jerarquía, se considera implícito en toda organización centralizada, este recurso de alzada requiere textos expresos o, al menos, textos que implícita pero necesariamente supongan su existencia.” ESCOLA, *Tratado teórico-práctico...*, *op. cit.*, p. 429, “si no existe una ley que especialmente lo establezca, igualmente procederá el recurso de alzada contra los actos de los entes autárquicos, el cual será resuelto por el Poder Ejecutivo, como órgano superior de la administración.”

⁵² Ver el magnífico libro de POLICE, ARISTIDE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 83-8.

Ejecutivo, que es uniformemente considerado como un órgano unipersonal. Al no intervenir ya más el Poder Ejecutivo, el argumento desaparece y al contrario se fortalece la independencia del ente frente a los agentes de la administración central carentes de aquel rango constitucional. Entre nosotros, por ello, hoy en día también ha comenzado a fortalecerse una tendencia desfavorable a la alza contra los entes descentralizados. Es que si la ley de creación quita competencia a la administración central en determinado sector, se requiere texto al menos razonablemente implícito para interpretar excepciones a tal restricción de la competencia. Procede pues la revisión judicial directa, como en el derecho estadounidense.⁵³ Esta opción guarda mayor arreglo con la regla del acceso a la jurisdicción.

2.6. *El cambio constitucional de 1994*

La Constitución de 1994 arrastra todavía algo de la vieja fraseología que instituía al Presidente como “el jefe supremo de la Nación, jefe de gobierno y responsable político de la administración general del país”.⁵⁴

Ello mantiene el cada vez más débil debate doctrinario que, con aquel sustento, postulaba que el contralor del Poder Ejecutivo sobre los entes autárquicos *es de índole constitucional*, por lo que no necesita que una norma expresa lo acuerde para ser procedente.⁵⁵ Incluso, pudo sostenerse en aquel tiempo que el recurso era procedente aunque una norma legislativa quisiera expresamente excluirlo, si dicha exclusión constituía una irrazonable restricción a las facultades de contralor del Poder Ejecutivo.⁵⁶ Pero no es ésa la tendencia constitucional actual y futura, con el crecimiento de entes regulatorios independientes, universidades autónomas, tribunales administrativos y arbitrales, etc., y la moderna tendencia hacia la *fractura*, no la *concentración* del poder.

2.7. *Procedencia en ausencia de norma legal expresa*

En nuestro derecho la cuestión se planteó originariamente en 1934, al año siguiente de haberse dictado el decr. 20.003/33, que creó el recurso jerárquico sin aclaración de su procedencia o improcedencia respecto de actos de entes autárquicos.

⁵³ En esa posición Ampliar *infra*, § 7, “Conclusión. El precedente de los EE.UU.”

⁵⁴ Art. 99, inc. 1°. Ver y comparar MERTEHIKIAN, EDUARDO, “El Jefe de Gabinete de Ministros (Especial referencia a la jerarquía y sus efectos),” en AA.VV., *El Derecho Administrativo Argentino*, Hoy, *op. cit.*, p. 147 y ss.

⁵⁵ Lo sostuvimos, con la vieja Constitución, en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1964, p. 192 y Buenos Aires, Macchi, 1971, p. 455. Lo siguieron ESCOLA, *Curso teórico-práctico...*, *op. cit.*, p. 427; CANOSA, *op. cit.*, p. 208; lo mantiene hoy BARRAZA, *op. loc.cit.* La reevaluación del problema global surge de lo expuesto en los § 1 y § 2 y las notas de nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-104, Buenos Aires, Rap, 2006. Ver también PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La postergación institucional,” *LL*, 2006-F, 877.

⁵⁶ Las tres primeras ediciones de esta obra; ESCOLA, *op. loc. cit.*, esp. pp. 428 *in fine*, 429 y nota 18; CANOSA, *op. loc. cit.*

BIELSA sostuvo entonces que el recurso jerárquico procedía,⁵⁷ aun en ausencia de norma expresa y esta opinión, compartida por la PTN⁵⁸ y la Procuración General de la Nación, llevó al dictado del decreto 51.192/34, que expresó “Declárase que el recurso jerárquico creado por Decreto en Acuerdo de Ministros de fecha 7 de abril de 1933, comprende a las reparticiones autárquicas.”⁵⁹ Ello señala que en nuestro país la falta de previsión legal expresa o implícita no siempre se consideró óbice a la procedencia del recurso contra actos de entes descentralizados.⁶⁰ Hizo falta una norma expresa para introducir el recurso.

3. La restricción en cuanto al objeto

3.1. Introducción

El recurso de alzada sufre importantes modificaciones a través del tiempo. Aumenta los casos en el que el recurso es improcedente en razón del autor del acto.⁶¹ A ello cabe agregar la visible revalorización de la tesis restrictiva en cuanto al objeto del recurso de alzada, en aquellos entes en los cuales la alzada se admite parcialmente. Ello implica que, en razón del sujeto, la alzada a veces simplemente no procede y otras, según veremos a continuación, se encuentra limitada casuísticamente. Pensamos que la solución ideal para una simplificación del problema y un control judicial uniforme es la lisa y llana supresión normativa del recurso de alzada en todos los supuestos y sin distinción alguna. Los casos que exponemos a continuación constituyen a nuestro juicio una demostración de esa ambigüedad.

3.2. Entes autárquicos. Empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado

Sobre la base de lo expuesto, a veces procede el recurso de alzada contra los actos de las entidades estatales descentralizadas de la administración nacional, esto es, y en primer lugar contra los actos de todos los entes autárquicos *stricto sensu*.⁶² Pero también suele ocasionalmente sostenerse que el recurso es igualmente procedente contra los actos, hechos u omisiones de las empresas del estado⁶³ o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado. El art. 4° del decr. 1883/91

⁵⁷ Art. de 1933, que recuerda en su *Derecho administrativo*, t. V, op. cit., 6ª ed., p. 213, nota 27.

⁵⁸ Dictamen transcripto en *Procedimiento y recursos administrativos*, ed. 1964, p. 285.

⁵⁹ BIELSA, op. loc. cit., *El recurso jerárquico*, 1934, 1ª ed.; Buenos Aires, 1958, 4ª ed., pp. 77-8. Ampliar, asimismo, en MATA, op. cit., pp. 888-98, esp. p. 889.

⁶⁰ PTN, 38: 250: el recurso jerárquico impropio sólo procede cuando una norma lo acuerda.

⁶¹ Ver *supra*, § 2.3, “Tendencia normativa a la supresión de la alzada,” § 2.3.1, 2.3.2 y 2.3.3.

⁶² Para arribar al acto del órgano superior del ente al que hace alusión el RN art. 94 se hace uso del recurso jerárquico interno, ya que “la cuestión se encuentra contemplada en forma general en el art. 93 RLPA según el cual «Salvo norma expresa en contrario los recursos deducidos en el ámbito de los entes autárquicos se regirán por las normas generales que para los mismos se establezcan en esta reglamentación»: BIANCHI, “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?” *LL*, 1995-A, 397.

⁶³ PTN, *Dictámenes*, 90: 169; nuestro libro *Empresas del Estado*, op. cit., pp. 91-2; *Procedimiento y recursos administrativos*, ed. 1971, p. 458; decs. 9.101/72, 3.700/77 y 1883/91.

prescribe que el recurso de alzada “no procederá contra los actos inherentes a la actividad privada de la empresa o sociedad en cuestión.” CANOSA⁶⁴ puntualiza que la redacción del nuevo art. 4º muestra una realidad y que diferencia la situación de los actos asimilables a la actividad o el derecho privados. La consecuencia práctica de esta solución es que, quien quiera apostar a que la administración central considerará el tema como de derecho público y le dará la razón en cuanto al fondo, arriesga perder la vía judicial si le rechazan el recurso de alzada por improcedente, invocando que en el caso la cuestión es de derecho privado. Es un riesgo que no tomaríamos sin señales muy claras de la Secretaría del ramo y precisas y escritas instrucciones del mandante. Salvo ese caso, lo prudente es acudir directamente a la vía judicial para evitar un posible juicio por *mala praxis* si el cliente pierde el acceso a la revisión judicial por haber intentado la alzada.

3.3. *La cuestión en la Ciudad de Buenos Aires*

Los arts. 113 a 117 del anexo I del decr. 1.510/97 reglan el recurso de alzada contra actos definitivos o que impidan totalmente la tramitación de la pretensión, emanados del órgano superior de un ente autárquico de la Ciudad. Los caracteres del recurso, en general, guardan correlación con el régimen establecido en la legislación nacional; obviamente, el recurso será resuelto por la autoridad local. “El recurso de alzada podrá deducirse sólo por cuestiones de legitimidad. En caso de aceptarse el recurso, la resolución se limitará a revocar el acto impugnado.” Como ya hemos explicado en su lugar, la procedencia es criticable y la limitación del recurso, fuente de problemas e incertidumbres. Mejor es no admitir la alzada y abrir directamente la vía judicial como se hizo con el Ente Único Regulador.⁶⁵

3.4. *Entes reguladores*⁶⁶

La Procuración del Tesoro interpreta restrictivamente la alzada contra los actos de los entes reguladores,⁶⁷ lo cual es un avance en igual dirección, con privilegio

⁶⁴ Para CANOSA, *op. cit.*, pp. 213 y 58, tales actos son aquellos que hagan a la actividad comercial propia del ente, al cual se le aplique en forma total o predominante el derecho privado. También la PTN, *Dictámenes*, 150: 236 y dictamen del 8/7/89, *Bonex S.A.*

⁶⁵ *Supra*, § 2.3, “Tendencia normativa a la supresión de la alzada.”

⁶⁶ Ver COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Buenos Aires, 1996, pp. 235-6. Ver, asimismo, para los reclamos de los usuarios, CORRÁ, MARÍA INÉS, “Procedimiento de reclamo en materia de servicios públicos. Algunas cuestiones que se presentan en la regulación actual. Propuestas para el cambio,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de procedimiento...*, *op. cit.*, pp. 293-310. Ver CICERO, NIDIA KARINA, “El Procedimiento Administrativo en los Entes Reguladores de los Servicios Públicos” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 543-563.

⁶⁷ PTN, *Dictámenes*, 228: 114; RDA, 27/28: 400-96, con nota de SELJAS, GRACIELA, “Los entes reguladores y la extensión del recurso de alzada...,” p. 477 y ss.; REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Autoridades administrativas independientes para la regulación y el control de los servicios públicos,” en AA.VV., *Servicio público y policía*, Buenos Aires, ED, 2006, pp. 63-77, esp. p. 77; BORGONA, VANESA y FAIRSTEIN, CAROLINA, “La independencia de los entes reguladores y el recurso de alzada,” *LL*, 2001-F, 103-13.

de su autonomía funcional.⁶⁸ Se ha dicho así que “no procede la revisión por vía de alzada de los actos administrativos dictados por los entes reguladores, en ejercicio de competencias que les hayan sido encomendadas exclusivamente en función de su idoneidad técnica, cuyo «objeto» sea «técnico» y el recurso impugne únicamente ese «objeto», salvo que se configure un supuesto de arbitrariedad.”⁶⁹ La doctrina comparada, considera anormal esta forma de tutela de la administración central sobre los actos de los entes descentralizados.⁷⁰ Sin embargo, se ha autorizado el recurso de alzada⁷¹ contra resoluciones del ENRE,⁷² ENARGAS,⁷³ la CNC,⁷⁴ pero con restricciones.⁷⁵ En el caso del ENRE, sus resoluciones pueden a veces ser recurridas por vía de alzada. La norma ha planteado dudas acerca del carácter potestativo o preceptivo del recurso de alzada a los efectos de habilitar la vía judicial, aunque se impone la revisión judicial directa. Ya CANOSA había señalado la duda acerca de si un tema es de derecho privado como para excluir la alzada.⁷⁶ Ahora agrega otra observación: tampoco procede la alzada contra los actos del ente que son de contenido “jurisdiccional.” Ellos serán impugnables únicamente en sede judicial.⁷⁷ “Tampoco procederá el recurso contra los actos que impongan sanciones por contravenciones, sea porque lo consideramos una

⁶⁸ Ampliar en REIRIZ, “La autonomía de los entes de regulación y control,” en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, Buenos Aires, sept. 2001, p. 32 y ss.; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ra. ed., La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 478-9.

⁶⁹ Ver las referencias de la nota anterior.

⁷⁰ BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Principios del procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1990, p. 187. Este autor, asimilando el jerárquico con la alzada, considera que “no procede en relaciones interorgánicas de tutela, como las que vinculan la Administración Descentralizada con los órganos de la Administración Central,” p. 187. Reconoce lo mismo, salvando su opinión, ORTIZ ORTIZ, EDUARDO, *Tesis de derecho administrativo*, San José, Stradtman, 1998, p. 326 y ss.; conf. RODRÍGUEZ R., LIBORDO, *Derecho administrativo general y colombiano*, Bogotá, Temis, 1998, 10ª ed., p. 53.

⁷¹ MURATORIO, *op. cit.*, p. 97.

⁷² Ley 24.065, arts. 75 y 76.

⁷³ Ley 24.076, art. 70.

⁷⁴ Decr. 1185/90, art. 33.

⁷⁵ Ver *supra*, § 3, “La restricción en cuanto al objeto.” Ver CNFed. CA, Sala III, *Edenor S.A. c. Resolución 664/99- ENRE*, con nota de AHE, DAFNE SOLEDAD, “Alcance del recurso de alzada contra las decisiones adoptadas por entes reguladores de servicios públicos creados por ley,” *LL*, 2002-E, 384.

⁷⁶ *Supra*, § 3.2, “Entes autárquicos. Empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado.”

⁷⁷ CANOSA, *op. cit.*, p. 224 y ss. Ver COMADIRA, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 235-6; Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. XXV, § 3.5, pp. 662-9; *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, título IV, § 3.8, pp. 431-5; comp. TAWIL, GUIDO S., “El procedimiento administrativo ante los entes reguladores,” AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, 1998, p. 253 y ss., p. 256; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 54 y ss. y 73, quien considera que todo acto de un ente regulador es susceptible de ser impugnado por vía del recurso de alzada. Ver también CNFed. CA, Sala I, *YPF c. ENARGAS*, *LL*, 1996-C, 36; *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, “Enargas: interpretación restrictiva de su «jurisdicción»,” § 31, p. 95 e *infra*, § 3.6, “Órganos o entes con procedimientos especiales pseudo-jurisdiccionales en sede administrativa.”

actividad jurisdiccional,⁷⁸ sea porque las propias normas legales contemplan remedios directos para ante el órgano jurisdiccional. Por descarte, diremos que todos los demás actos son susceptibles de recurso de alzada, dejando sentado que éste no es necesario para el agotamiento de la instancia administrativa.”⁷⁹ Por lo expuesto es preferible una regla más clara y precisa: La inadmisibilidad de la revisión administrativa de sus actos y en cambio su exclusiva revisión judicial.

3.5. *Entes tributarios*

La confusión del régimen tributario alcanzó al recurso de alzada. La Administración Nacional de Aduanas y la Dirección General Impositiva pasaron a constituir Direcciones Generales de la AFIP,⁸⁰ de cuyos actos el Ministerio de Economía ejerce el control de legalidad. Decía pues bien CANOSA respecto de los actos de la DGI, en reflexiones aplicables a la AFIP, que “dadas las especialísimas características que desarrolla” esta repartición, “el recurso de alzada sólo será procedente contra actos relativos a aspectos estrictamente administrativos (p. ej., personal, contratos, etc.) y contra los actos de contenido tributario, en tanto y en cuanto no exista otro remedio especial.”⁸¹ En materia específicamente tributaria no procede en consecuencia en caso alguno la alzada, en forma similar a lo que ocurre en materia específica o técnica con los actos de los demás entes reguladores. En ese punto la solución es enteramente correcta y a nuestro juicio perfectamente constitucional. En lo demás, lamentablemente, la ambigüedad reina por doquier, mientras sobrevuela el fantasma de poder perder la vía judicial ante cualquier cambio de timón jurisprudencial. No es un estado de cosas digno de alabanza.

3.6. *Órganos o entes con procedimientos especiales pseudo-jurisdiccionales*

El reglamento de procedimientos administrativos introduce en forma confusa un problema teórico importante, a saber, si la administración puede o no ejercer atribuciones jurisdiccionales.⁸² Como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, hay que “evitar los equívocos a que pueden dar lugar las ambiguas afirmaciones que con alguna frecuencia aparecen en algún sector de la doctrina, que, con la mejor voluntad, pero con evidente incorrección técnica, califica de jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales los poderes que la Administración pone en juego al resolver los recursos que se interponen ante ella y la actividad procedimental

⁷⁸ Ver *infra*, § 3.6.

⁷⁹ Saque el lector sus conclusiones.

⁸⁰ Dirección General de Aduanas, DGA, y Dirección General Impositiva, DGI.

⁸¹ CANOSA, *op. cit.*, p. 230, quien recuerda a GIULIANI FONROUGE, CARLOS M., *Derecho Financiero*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 717.

⁸² Ver MAIRAL, HÉCTOR A., *Control Judicial de la Administración Pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 6 y ss.: “el calificar de jurisdiccional a un acto administrativo lo eleva a un rango que no merece. Con ello se concluye reduciendo el control judicial sobre este tipo de actos, ya que si ya ha habido «jurisdicción» en sede administrativa, parece permisible disminuir la intensidad de la intervención judicial.”

a que da lugar su interposición.”⁸³ Dice el art. 99 del RN: “Tratándose de actos producidos en ejercicio de una actividad jurisdiccional [...] el deber del superior de controlar la juridicidad de tales actos se limitará a los supuestos de mediar manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación de derecho.” En nuestro sistema constitucional el particular tiene siempre derecho de acudir a un órgano judicial, para la defensa de su persona y sus derechos. Toda norma que pretenda excluir la necesaria revisión judicial suficiente y adecuada es inconstitucional.⁸⁴ Dado que no se trata de un recurso preceptivo, conviene acudir directamente a la vía judicial. La alternativa que cada vez se ofrece con más fuerza es la de introducir tribunales administrativos imparciales e independientes que dicten el primer acto administrativo, sujeto a control judicial suficiente y adecuado.⁸⁵

4. Plazo. Interposición del recurso

El recurso debe⁸⁶ ser presentado ante el mismo ente descentralizado dentro de los quince días de la notificación, “y será elevado dentro del término de cinco días y de oficio al ministerio o secretaría de la Presidencia en cuya jurisdicción actúe el órgano emisor del acto.”⁸⁷ Desde luego, si esta elevación no se realiza “dentro del término de cinco días y de oficio,” corresponderá que el particular interponga la reclamación en queja por defecto de procedimiento.⁸⁸ Si ésta tampoco da resultado, queda la alternativa de interponer un amparo por mora de la administración;⁸⁹ o presentar copia del escrito del recurso en el ministerio respectivo o secretaría

⁸³ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006, 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, p. 527, cap. XXIII, I, § 1. Sobre la cuestión de las facultades jurisdiccionales de la administración, ver *supra*, t. I, cap. IX, § 8, “El problema de la jurisdicción administrativa,” hasta § 19, “Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración”.

⁸⁴ Ver *supra*, t. I, cap. IX, § 7, “Concepto orgánico-material de función jurisdiccional” y ss.; CELORRIO, ATANASIO HERNÁN, “Recursos contra el acto de naturaleza jurisdiccional,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972, p. 116 y ss.

⁸⁵ Ver nuestra nota “Ángel Estrada,” *JA*, número especial, 2005-III, fasc. n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, número 2, México, 2005, pp. 307-311; “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726.

⁸⁶ Por cierto, el particular tiene el derecho de no interponerlo y acudir en el plazo del art. 25 del decreto-ley 19.549/72 a la justicia. No se aplica aquí, entonces, la funesta “doctrina” de los casos *Gorordo y Romero*. Ver al respecto *supra*, cap. III, § 1.2, “Carga del administrado y privilegio incausado de la administración. Valladar para el acceso a la justicia,” cap. VIII, § 1.3, “La mutación normativa a través del tiempo,” 1.5, “La aplicación de los plazos de prescripción,” 14.1, “Primero, haber empezado,” 14.2, “El premio de los que vigilan,” cap. X, § 1.3, “La tendencia propuesta (¿o real?)” y 9.2, “Es una espada de Damocles.”

⁸⁷ Art. 90, primera parte, según el decr. 1883/91, aplicable por la remisión que efectúa el art. 98. Nótese que el actual texto de la norma fija una pauta temporal más amplia para la elevación: anteriormente ésta debía realizarse “de inmediato.”

⁸⁸ RN, art. 71; POLEMANN, EDUARDO M., “El ámbito del recurso de alzada de acuerdo al régimen del artículo 98 bis del decreto 1759/72, incorporando por el decreto 3700/77,” *LL*, 7 de mayo de 1979, § IV.2). Esta queja debe presentarse en el ministerio o secretaría de la Presidencia pertinente.

⁸⁹ Art. 28 del decreto-ley 19.549/72, según la redacción dada por el decreto-ley 21.686/77.

de la Presidencia, aclarando las razones de la presentación en dicha sede y solicitando su tramitación. Si el escrito fue presentado en el ministerio o secretaría de la presidencia, corresponderá que giren el expediente al ente descentralizado de que se trate, para que acompañen las actuaciones y devuelvan para su ulterior tramitación. También pueden dar traslado al ente descentralizado para que alegue cuanto considere conveniente antes de la tramitación y resolución del recurso.

5. Elección de la vía judicial o administrativa

5.1. En general

Los arts. 94 y 95 del reglamento han creado, impropriamente por el nivel jerárquico de estas normas, una opción entre la vía judicial y el recurso de alzada. Decimos impropriamente porque parece obvio que todo lo atinente a plazos procesales judiciales es materia de ley *stricto sensu* y mal puede un reglamento administrativo pretender legislar al respecto. En todo caso, la solución que estas normas dan a la cuestión es que el recurso de alzada no es requisito necesario previo a la interposición de la demanda, como tampoco lo es el reclamo administrativo previo⁹⁰ y que el particular puede a su elección iniciar directamente la acción judicial o, en cambio, intentar primero el recurso de alzada, a su riesgo. El riesgo es que el recurso resulte improcedente, con criterio restrictivo, como los que se van imponiendo en cuanto a admisibilidad⁹¹ y el interesado se quede sin la vía judicial.⁹² Conforme al art. 95, si el particular inicia la vía judicial, pierde el derecho de intentar el recurso de alzada. No ocurre lo mismo a la inversa, pues si elige interponer el recurso de alzada, podrá iniciar la acción judicial tanto una vez resuelto el recurso administrativo, como desistiéndolo en cualquier estado de su tramitación.⁹³ Ése es el principio general, siempre que la alzada no sea improcedente. En la duda, en la actualidad, profesionalmente preferiríamos elegir la acción judicial aun a riesgo de perder la administrativa y no a la inversa. Esto lo consideramos un elemento de progreso hacia el Estado de Derecho: suplir, con el

⁹⁰ Ver *infra*, cap. XII, “El reclamo administrativo previo.”

⁹¹ Ver notas 50 y 51.

⁹² Como en el supuesto mencionado en la nota 94.

⁹³ En aquellos casos en los que se opte inicialmente por la vía administrativa, su desistimiento en cualquier momento del trámite hace renacer desde cero el cómputo de los plazos de caducidad. Pretender, por el contrario, que el plazo del art. 25 del decreto-ley 19.549/72 subsista sin solución de continuidad desde la fecha de notificación del acto que hizo nacer la opción importaría una limitación irrazonable al derecho del administrado de desistir de la vía. En efecto, una vez hecho el desistimiento y pasados los 90 días hábiles administrativos desde la notificación del acto original, el recurrente se encontraría ante una nueva opción, esta vez repudiable: condenarse a la tramitación de la alzada a pesar de no desearlo o, peor incluso, encontrarse ante una declaración de caducidad de instancia por vencimiento del plazo del art. 25. No sería esta una solución conteste con la opción facultativa que rige en la interposición de la alzada ni con el derecho a una tutela judicial efectiva. Todo lo expuesto es lo que consideramos una correcta y justa interpretación del orden jurídico, con pleno respeto de la garantía de acceso a la justicia. En la práctica profesional, sin embargo, optaríamos por la conducta más prudente posible, o sea por el computo más adverso de los plazos; es lo único que en definitiva da tranquilidad profesional frente a eventuales arbitrariedades jurisdiccionales.

efectivo control judicial independiente, al control graciable de la administración central, sobre todo tratándose de órganos subordinados de ella y no del Poder Ejecutivo. Es una clara advertencia contra todos aquellos que quieran aferrarse al viejo esquema constitucional, hoy clara y totalmente desmentido por los hechos.⁹⁴ En efecto, si el particular tiene abierta la vía judicial y la alzada es improcedente, p. ej., contra un acto de una universidad nacional, su innecesaria e improcedente interposición no interrumpe ni suspende el plazo para ir a la justicia, con lo que pierde el acceso a la instancia judicial.⁹⁵

Igualmente problemático es el caso de los entes reguladores, respecto de los cuales la alzada procede imprecisa y limitadamente.⁹⁶ Quien interpone la alzada puede perder la vía judicial si le resuelven que el recurso no era formalmente procedente. El riesgo no es muy remoto si se tiene en cuenta la última jurisprudencia administrativa y judicial.⁹⁷ Por ello y en atención a la garantía supranacional de acceso efectivo a la justicia, no resulta descabellada la idea de proponer su supresión.⁹⁸ Es lo que ya se ha hecho con las Universidades Nacionales, el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los entes reguladores en la Provincia de Buenos Aires, etc. Conferiría una seguridad jurídica que hoy no existe.

5.2. Elección de la vía judicial

Si bien el reglamento es categórico en afirmar que la elección de la vía judicial “hará perder la administrativa,” estimamos que tiene prelación sobre esta disposición la contenida en el decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. e), ap. 6º, respecto de la denuncia de ilegitimidad. Por ello pensamos que esta denuncia es procedente aun luego de iniciada la acción judicial. El fundamento constitucional que siempre se dio a esta facultad y deber del Poder Ejecutivo de conocer de la ilegitimidad denunciada por un recurso tardío respecto de actos de sus inferiores, háyanse o no seguido normas formales de procedimiento, apoya la tesis de que el particular

⁹⁴ Ver lo que explicamos en los § 1 y 2, y sus respectivas notas y gráficos anexos de nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno,” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-104, Buenos Aires, Rap, 2006. Ver también PÉREZ HUALDE, “La postergación...,” *op. loc. cit.*

⁹⁵ CFApel Resistencia, *Pereyra de Ferreyra*, año 1994, LL, 1997-A, 99 con nuestra nota “El recurso de alzada no interrumpe el plazo para la acción judicial,” reproducida en nuestro libro *Cien notas...*, *op. cit.*, § 55, p. 133.

⁹⁶ *Supra*, § 2.1, “No existe jerarquía,” PTN, dictamen publicado en *RDA*, 27-9: 400, Buenos Aires, 1998, con nota de SEIJAS, “Los entes regulatorios y la extensión del recurso de alzada,” *op. loc. cit.*

⁹⁷ Ver *supra*, cap. III, § 18.3, “El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa,” cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento,” § 1.3, “La mutación normativa a través del tiempo,” 1.5, “La aplicación de los plazos de prescripción,” 2.3.2, “El caso del recurso fuera de término,” 2.3.6, “Conclusiones,” 14.1, “Primero, haber empezado,” 14.2, “El premio de los que vigilan,” cap. IX, “Los recursos de reconsideración,” § 13, “El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial,” cap. X, “El recurso jerárquico,” § 1.3, “La tendencia propuesta (¿o real?)” y 9.2, “Es una espada de Damocles.”

⁹⁸ Lo menta, en general, DIEZ SÁNCHEZ, JUAN JOSÉ, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas, 1992, p. 231.

puede intentar suscitar este control por la vía indicada, aun habiendo iniciado la acción judicial. Los demás fundamentos expuestos por la doctrina para admitir su procedencia, aun en ausencia de normas al respecto,⁹⁹ tienen fuerza de convicción superiores a las de una solución procedimental como la del decreto ley¹⁰⁰ y, peor aun, su reglamentación.¹⁰¹

Cualquiera sea la acción o remedio judicial intentado (amparo, interdicto, acción ordinaria, etc.), si ella es desechada por razones formales, consideramos que queda reabierta la vía administrativa. Así p. ej., si el particular intenta la vía judicial creyendo erróneamente definitivo el procedimiento administrativo, debe a nuestro juicio, considerarse interrumpido el término administrativo y no efectuada válidamente la opción por la vía judicial. Al menos no en cuanto pretendida opción excluyente que le impida luego acudir nuevamente a la administración. En tal caso, nos parece posible impugnar posteriormente en sede administrativa el acto atacado sin éxito ante la justicia.¹⁰² Algo parecido encontramos en la jurisprudencia italiana, en la cual se estima que en tal caso puede concederse al recurrente un nuevo plazo, a partir de la decisión del recurso jurisdiccional, para interponer el recurso administrativo.¹⁰³ Si el particular desiste de la acción judicial, consideramos también que esto puede reabrir el procedimiento administrativo ante el propio ente o en el recurso de alzada. Pero, en cuanto predicción jurisprudencial, parece difícil abrigar la esperanza de que pueda seguir manteniéndose vivo el derecho a acudir nuevamente a la justicia.

También cabe recordar que conforme al art. 99, en el caso de algunos procedimientos especiales, aun intentada y no desistida la vía judicial, e incluso habiendo consentido el acto, siempre puede el particular provocar el contralor administrativo de carácter excepcional que prevé esa norma, en los supuestos expresados en ella.¹⁰⁴

Por fin, cabe destacar que nada impide que en el juicio ambas partes acuerden una suspensión de plazos para iniciar o reiniciar tratativas en sede administrativa, que pueden serlo con el propio ente descentralizado, o en el marco del recurso

⁹⁹ Ver los precedentes expuestos en *Procedimiento...*, op. cit., ed. 1971, p. 521.

¹⁰⁰ La norma del art. 1º, en efecto, se refiere sólo a recursos presentados fuera de plazo. Los precedentes señalados, en cambio, decían de su procedencia también para impugnar decisiones definitivas (68: 71; 73: 86 y 89 vta. y 99 y ss.) y hasta decretos del Poder Ejecutivo no siendo la hipótesis del recurso de revisión (58: 97; 65: 347; 75: 99; 90: 154 y 350, etc.). También la improcedencia de un recurso administrativo, que abría la vía de la denuncia de ilegitimidad, podía resultar de otras causales que su sola interposición fuera de término (90: 74 y 350; 59: 308; 65: 244; 67: 153; 71: 285; 71: 346 y 352; 72: 98 y 148, etc.). Esta doctrina más rica que la pobre enunciación legislativa, debería ser rescatada por la práctica, sobre todo a partir del sustento que para ello contiene el art. 3º del decreto 229/00.

¹⁰¹ En cuanto ésta pretende dejar cerrada la vía administrativa.

¹⁰² Tal como lo sostuvimos anteriormente en *Procedimiento...*, op. cit., 1971, p. 386.

¹⁰³ LESSONA, op. cit., p. 27; ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, 1958, 8ª ed., p. 69.

¹⁰⁴ Ver *supra*, § 3.6, "Órganos o entes con procedimientos especiales pseudo-jurisdiccionales en sede administrativa."

de alzada ya interpuesto y no resuelto, o que se interponga a este efecto. Desde luego, se han dado casos en que, sin suspenderse ni interrumpirse el juicio, de hecho se han llevado tratativas en sede administrativa: claro está, esto depende de la voluntad administrativa, que está facultada pero no obligada a aceptar la tramitación administrativa, estando en trámite un juicio por el mismo asunto.

Dice GRAU en tal sentido: “El incidente de habilitación de la instancia judicial, no impide el trámite de la reclamación administrativa, en busca de la solución extrajudicial. Y la continuación del procedimiento administrativo, tampoco se imposibilita por el desistimiento por el administrado actor o la perención de la instancia producida en el juicio por él iniciado. La razón es que en estas circunstancias ni el particular ha perdido su derecho, ni la administración sus potestades. Entonces nada impide que el administrado demandante trate de obtener en vía administrativa una decisión favorable o que la Administración demandada, rectifique su error o evite un juicio. Y al mismo tiempo, institucionalmente es lo deseable.”¹⁰⁵ La razón de ser de todas estas soluciones debe verse en el principio del informalismo del procedimiento administrativo, como así también en el principio de la legalidad objetiva en virtud del cual es la propia administración central una de las primeras interesadas, por razones de interés público, en verificar el grado de acierto o error de las impugnaciones que se formulen a la validez de actos administrativos de la administración centralizada o descentralizada.¹⁰⁶

5.3. Elección de la vía administrativa

Cuando existan razones de costo que dificulten la toma de decisión de acceder a la justicia, puede ser momentáneamente una opción merituable intentar la alzada, particularmente si se tiene acceso a las instancias decisorias de la Secretaría correspondiente, o falta aun producir pruebas que hacen al derecho invocado. El art. 95 del reglamento establece que la interposición del recurso de alzada “no impedirá desistirlo en cualquier estado a fin de promover la acción judicial,”¹⁰⁷ lo cual no significa a nuestro juicio que sea obligatorio desistirlo formalmente antes de iniciar la acción. Incluso puede intentarse el equilibrio de llevar el juicio y las tratativas extrajudiciales en forma simultánea, tal como explica GRAU.¹⁰⁸ Si la

¹⁰⁵ GRAU, ARMANDO EMILIO, *Habilitación de la instancia contenciosoadministrativa*, La Plata, Ed. Platense, 1971, p. 137. GRAU mantiene y amplía su opinión en “Reclamación administrativa previa,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, op. cit., p. 183 y ss., que el reclamo previo “no se agota con la demanda judicial, por lo mismo que tiene por sobre todas las cosas, esa función conciliatoria. Nada impide al Estado que, con posterioridad a la demanda, siga tramitando el reclamo administrativo previo para culminar evitando el juicio, que es también la función más importante del Poder Ejecutivo.”

¹⁰⁶ *Supra*, cap. IX, § 11, “Otros supuestos de recurso de reconsideración” y § 14, “El recurso de reconsideración contra actos de la Dirección General Impositiva-A.F.I.P.”

¹⁰⁷ Ver AGUILAR VALDEZ, OSCAR, “El recurso de alzada,” en TAWIL, GUIDO S. (dir.), *Procedimiento Administrativo*, op. cit., cap. XXXII, esp. p. 423-4, “La legitimación procesal judicial pasiva en supuestos de previa intervención de la Administración central por vía del recurso de alzada.”

¹⁰⁸ Ver *supra*, nota 105 y texto.

acción judicial no progresa por alguna de las razones formales que se explicaron más arriba, o es desistida por el particular, entonces puede continuarse el procedimiento administrativo iniciado y no terminado. En tales casos, claro está, el particular se encuentra a merced de la administración. Allí reaparecen “el procedimiento administrativo en la práctica”¹⁰⁹ y “la administración paralela.”¹¹⁰ No es necesariamente un buen estado de cosas.

5.4. *La cuestión de los plazos*

El plazo para la interposición del recurso de alzada es, según vimos, de quince días; el plazo para la interposición de la acción judicial depende de cuál acción se intenta y contra qué ente se lo hace. No tiene por qué darse aquí el problema que vimos a propósito de *Gorordo* y *Romero*, ya que el recurso administrativo no es obligatorio. Si se trata de actos de *entes autárquicos*, el plazo para la acción ordinaria es de noventa días hábiles judiciales, por disposición del art. 25 del decreto-ley 19.549/72; en casos especiales y por ley expresa, el plazo a veces se reduce a treinta días.¹¹¹ Dado que sólo una norma legislativa *stricto sensu* puede establecer que un acto administrativo se impugne judicialmente por vía de algún recurso especial, es obvio que será esa misma norma legal la encargada de fijar el plazo. Sólo para el caso excepcional de una norma legislativa que regule un recurso especial e hipotéticamente olvide el plazo, será de aplicación esta norma residual que lo fija en treinta días. Si se trata de otras formas de descentralización (empresas del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades del Estado y sociedades de economía), ni esta ley ni otras contienen plazos generales de caducidad o prescripción de la acción, por lo que, en buenos principios, cabe estar a la prescripción de las acciones según el derecho común. Por fin, si se intentan acciones especiales cabrá estar a sus propios términos: quince días para la acción de amparo,¹¹² un año para los interdictos, de ser procedentes. En efecto, también puede contemplarse, respecto a los hechos, el plazo de un año de los interdictos de retener, recobrar y obra nueva. La acción a que se refieren los arts. 25 y concordantes del decreto-ley 19.549/72 puede equipararse

¹⁰⁹ *Supra*, t. 2, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica.”

¹¹⁰ Ver *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 3ª reimp. 2001; *L'Amministrazione parallela. Il «parasistema» giuridico-amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987; *supra*, t. 2, cap. X.

¹¹¹ Como lo adelanta innecesariamente el art. 25 *in fine*. En cuanto a si el plazo de noventa días fijado en el decreto-ley es o no de caducidad, ver LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, § 372-3, pp. 417-20; MUÑOZ, GUILLERMO, ANDRÉS, “Naturaleza de los plazos establecidos por la ley 19.549 para la impugnación judicial de los actos administrativos,” *RDA*, 5: 35, Buenos Aires, 1973; PEARSON, MARCELO MARIO, “Impugnación judicial de la actividad de la administración pública nacional,” *LL*, 154:1028; “Reclamos administrativos: otras vías administrativas,” *ED*, 66: 752; SILVESTRI, BEATRIZ R. y GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL M., “La instancia administrativa previa a la judicial en la ley 19.549 (Recursos y reclamos),” *ED*, 72: 763, CAPUTI, CLAUDIA y SACRISTÁN, ESTELA B., “La caducidad del art. 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica,” *LL*, 1997-A, 70.

¹¹² Decreto-ley 16.986/66, art. 2º, inc. e): “quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.”

a la acción ordinaria y considerarse que los interdictos se rigen directamente por el CPCCN. El texto del art. 25, primera parte, se refiere a la “acción;” la última parte trata del caso de “recurso;” queda, pues, el caso del interdicto en el marco de su legislación ordinaria. Si estas premisas son válidas, en caso de haber perdido el plazo de quince días para el amparo, aun podría intentarse, en su caso y dentro del año, los interdictos de retener, recobrar y obra nueva.¹¹³ En cualquiera de estos casos, la primer duda que se presenta es el fundamento normativo de la suspensión o interrupción de los plazos judiciales a que se refiere implícitamente el art. 95. Si el recurso de alzada es resuelto por la administración después de transcurridos los plazos previstos en las leyes para impugnar judicialmente el acto en juicio ordinario ¿será suficiente sustento esta norma para que los jueces puedan admitir la acción judicial una vez resuelto el recurso de alzada, o antes de su resolución pero después de transcurridos los plazos judiciales? Siempre hay riesgos. Si bien la norma debió haber sido de rango legislativo, no todos piensan que el decreto sea en esto inválido.¹¹⁴ El decreto-ley 19.549/72 declara procedente la vía judicial contra los actos de los entes autárquicos, cuando “se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas,”¹¹⁵ sin perjuicio de que también admite la impugnación directa, sin necesidad de recurso de alzada (art. 94 del reglamento) ni de reclamo previo (art. 32 del decreto-ley). Parece razonable que sea el propio Poder Ejecutivo quien pueda, en ausencia de norma legal expresa, reglamentar —por reglamento de ejecución—¹¹⁶ en qué *otros* casos se pueden considerar en el ámbito administrativo agotadas las instancias para dejar abierta la vía judicial —con lo cual declara abstenerse de pretender entender en la alzada—. ¹¹⁷ El art. 95 tiene el sentido de expresar que el Poder Ejecutivo no encuentra obstáculo constitucional alguno para que quede abierta la vía judicial, tanto por la decisión definitiva del propio ente autárquico (sin interponer la alzada), por la decisión del recurso de alzada que el particular

¹¹³ CPCCN, art. 621.

¹¹⁴ Se pronuncian en forma expresa por la validez de esta norma, SILVESTRI y GONZÁLEZ ARZAC, “La instancia administrativa previa a la judicial en la ley 19.549. (Recursos y reclamos),” *ED*, 72: 763, 772; se inclina implícitamente por su validez FIORINI, *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., pp. 607-8. Comp. LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, op. cit., § 373, p. 420. En contra PEARSON, *Manual de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 1976, p. 109, § 41 y p. 135, § 57.

¹¹⁵ Art. 23, inc. a), que debe interpretarse junto al art. 25, inc a). El mismo criterio se expone en el art. 24, incs. a) y b) y art. 25 *in fine*.

¹¹⁶ Ver *supra* t. 1, cap. VII, § 15, “Reglamento de ejecución.”

¹¹⁷ Dice ABERASTURY, PEDRO, “Control jurisdiccional del acto administrativo,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, op. cit., p. 181, que haber agotado las instancias significa, siendo los recursos potestativos, “haberse agotado toda la escala hasta llegar al funcionario superior con competencia para decidir en el acto,” que es precisamente lo que ocurre en este caso. Conf. SILVESTRI y GONZÁLEZ ARZAC, op. cit., p. 769. FIORINI, *Derecho administrativo*, t. II, op. cit., p. 606, se refiere a que “se han acabado todas las posibilidades de recurrir a instancias administrativas [...] aunque el legislador de puede establecer regímenes o situaciones diversas para el agotamiento de las instancias administrativas.” En nuestro caso el legislador de facto establece la posibilidad de acudir directamente a la justicia, por el art. 32 del decreto-ley de procedimiento, pero también permite que se agote la vía por medio de la alzada.

hubiere interpuesto, como por el abandono voluntario del particular de la vía de la alzada y la iniciación de la vía judicial.¹¹⁸

6 Alcances de la decisión. Reforma y sustitución del acto

En cuanto a los alcances de la decisión, el Poder Ejecutivo sólo puede confirmar o revocar el acto del ente descentralizado por motivos de legitimidad, pero no modificarlo ni sustituirlo por otro¹¹⁹ y menos por razones de oportunidad.

En esa línea de pensamiento, se ha sostenido también que el Poder Ejecutivo Nacional, en el caso particular de las sociedades del Estado, no sólo no podría sustituir o modificar el acto, sino que tampoco podría ni siquiera revocarlo y que, más aún, debería meramente limitarse “a impartir las instrucciones pertinentes al Directorio de la entidad para que proceda a dejar sin efecto el acto sometido a control.”¹²⁰

Esas instrucciones serían de cuestionable valor jurídico, dada la inexistencia de relación jerárquica de esas autoridades con la administración central. Ello relativiza una vez más la procedencia real y útil de la alzada, teniendo en cuenta las demás limitaciones e incongruencias expuestas en el presente capítulo.

7. Conclusión. El precedente de los EE.UU.

Creemos particularmente ilustrativa la experiencia del derecho estadounidense, que ha conducido a que se considere ilegítimo cualquier intento de la administración central de influenciar la decisión del ente descentralizado, pues con ello se priva al particular del debido proceso legal ante el ente, que por definición debe ser imparcial e independiente.¹²¹ A nadie se le ocurriría la interposición de un recurso a la consideración de la administración central. Mas ello no ha sido sino el producto de una evolución que condujo de la sumisión a la independencia.¹²²

¹¹⁸ Como explicamos *supra*, § 5.3, “Elección de la vía administrativa.”

¹¹⁹ HEREDIA, HORACIO H., “Contralor administrativo sobre los entes autárquicos,” Buenos Aires, 1942, p. 112; FIORINI, *Recurso jerárquico*, op. cit., p. 39; reitera ese criterio en su *Manual de derecho administrativa*, t. II, op. cit., p. 1030; *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., p. 574; MARIENHOFF, op. cit., 1ª ed., p. 717; 5ª ed., p. 770 y su referencia a la doctrina francesa; BIDART CAMPOS, *El derecho constitucional del poder*, t. II, Buenos Aires, 1967, pp. 182-3, quien sigue a MARIENHOFF. Hemos discrepado con esta tesis, pero en el contexto que ahora estamos explicando parece que en realidad constituye un mínimo de restricción a la alzada que no corresponde ser eliminado, como propusimos otrora, sino a la inversa potenciado, eliminando lisa y llanamente la alzada.

¹²⁰ CASSAGNE, JUAN CARLOS, “La extensión del concepto de tutela y el control de los actos de las sociedades del Estado,” *LL*, 1978-C, p. 719.

¹²¹ EDLEY JR., CHRISTOPHER F., *Administrative Law. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, Michigan, Yale University Press, 1998, pp. 175-80 y notas, § 6.1.2., “Political Influence, Bias and Ex Parte Communications;” ello es impensable en los EE.UU.: CANN, STEVEN J., *Administrative Law*, Thousand Oaks, California, Sage, 1995, I, § 2, p. 23 y ss.; SARMIENTO GARCÍA, *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, p. 160 y ss.

¹²² Ver SCHWARTZ, BERNARD, *The Professor and the Commissions*, Nueva York, Knopf, 1959, pp. 214 y ss.

Capítulo XII

EL RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO

1. Origen

Antes de 1900 era necesario para poder demandar a la Nación, obtener la “venia legislativa,”¹ esto es, una ley del Congreso autorizando la acción judicial contra el Estado. En ese año se dictó la ley 3.952, que suprimió tal requisito sustituyéndolo por la exigencia de un previo reclamo administrativo de aquello por lo que se quería demandar.

¹ Nos remitimos a la exposición efectuada en “La reclamación administrativa previa,” *ED*, 6: 1066 y luego en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Álvarez, 1964, pp. 205-8; 2ª ed., Buenos Aires, Macchi, 1971, pp. 477-81. Dada la evolución legislativa producida posteriormente, estimamos ahora menos necesario incluir la investigación que hicimos acerca del origen de la cuestión. Acerca de la venia legislativa y la posterior evolución histórica, pueden verse: BIELSA, RAFAEL, *Sobre lo Contenciosoadministrativo*, Santa Fe, Castellví, 1964, 3ª ed., p. 158 y ss., donde se describen los requisitos previos a las demandas contra el Estado en el derecho comparado; BIANCHI, ALBERTO A., “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?,” *LL*, 1995-A, 397, esp. cap. IV, D; CANOSA, ARMANDO N., “Ejecución de Sentencias contra el Estado Nacional,” en *La Protección Jurídica del Ciudadano - Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, t. III, Madrid, Civitas, 1993, p. 2295 y ss.; “Influencia del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en Materia de Agotamiento de la Instancia Administrativa,” *ED*, 166: 988; MAIRAL, HÉCTOR A., *Control Judicial de la Administración Pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 94 y ss.; MUÑOZ, GUILLERMO A., “El reclamo administrativo previo,” *LL*, 1988-A, 1048; TAWIL, GUIDO, *Administración y Justicia*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 145 y ss.; COMADIRA, JULIO RODOLFO, MONTI, LAURA (colaboradora), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario a los arts. 30 a 32, § 9, p. 503 y ss.; JUAN LIMA, FERNANDO E., “Las condiciones de admisibilidad de la acción contencioso administrativa en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en PETRELLA, ALEJANDRA (coord.), *El fuero contencioso administrativo y tributario de la ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Lexis-Nexis / Jurisprudencia Argentina, 2002, pp. 33-50, esp. p. 38; *JA*, 2002-III, Supl. fasc. 7; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 19 y ss.; D’ARGENIO, INÉS; *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, p. 53 y ss., “La justicia administrativa en Argentina: una resolución judicial decisiva en el camino hacia su adaptación a nuestro sistema institucional,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 227-32; ZAMBRANO, PEDRO L.: *Silencio de la Administración y Plazos para Demandar al Estado Nacional*, Buenos Aires, LexisNexis, Monografías Jurídicas, 2006; GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., *Tratado de lo contenciosoadministrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 1, pp. 468-73.

Esta ley fue interpretada en forma restrictiva, entendiéndose poco después que ella no era aplicable cuando el Estado actuaba como “poder público;” por lo que fue necesario dictar otra ley, la 11.634, para aclarar definitivamente que toda vez que se demandara al Estado, por cualquier causa que fuera, no haría falta la venia legislativa sino únicamente “la previa reclamación administrativa.” Una copiosa jurisprudencia y algunas normas expresas, fueron progresivamente limitando a través del tiempo la exigibilidad de la reclamación administrativa como requisito previo a la interposición de una demanda judicial,² hasta el punto de cuestionarse al presente tanto su conveniencia o necesidad como su misma existencia; aunque, como es bien sabido, “los muertos que vos matáis gozan de buena salud.”

2. *El decreto-ley 19.549/72*

Este cuerpo normativo recogió y amplió la experiencia de la aplicación de las leyes 3.952³ y 11.634, consagrando como excepciones expresas al reclamo los casos que la jurisprudencia había elaborado y que decretos o leyes particulares también habían colaborado a instituir.

Además, al crear todo un sistema orgánico de recursos y también dedicar algunas disposiciones a la forma de acceder a la revisión judicial, legisló sobre el modo de computar el plazo que a este efecto creó, a partir de los actos impugnados.

En esa medida también excluyó el reclamo administrativo previo como medio específico para preparar la vía judicial: ese lugar pasó a ser ocupado, en la mayoría de los casos, por los recursos del procedimiento administrativo que el reglamento también establece.⁴ La duda que resta, como se verá en este cap., es hasta que punto subsiste o no el reclamo administrativo previo como regla general cuando no es necesario interponer un recurso administrativo previo a la instancia judicial. Mucho depende, en la respuesta, de cuánta importancia

² Además de las anteriores ediciones de *Procedimiento y recursos administrativos*, ed. de 1971, cap. XIV, p. 477 y ss.; ed. de 1964, cap. X, p. 205 y ss. Ver también, para el régimen vigente antes de 1972, LINARES, JUAN FRANCISCO, “Demandas contra la Nación y los decretos del Poder Ejecutivo,” *LL*, 138: 997; MAIRAL, *op. cit.*, p. 356 y ss.; MARIENHOFF, MIGUEL S., “La ley de demandas contra la Nación (Su ámbito de aplicación),” *JA*, 1962-VI, 43.

³ TAWIL, *op. cit.*, p. 154, dice que se discute en esto si el sistema del decreto-ley 19.549/72 ha reemplazado o no al establecido por la ley 3952.

⁴ Para una explicación del sistema del decreto ley 19.549/72 antes de la reforma del año 1977 ver LINARES, Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo, Buenos Aires, Astrea, 1974; PEARSON, Manual de procedimiento administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976; CASSAGNE, “La ley nacional de procedimientos administrativos No. 19.549,” *ED*, 42: 835 y “Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional,” *ED*, 45: 829; MUÑOZ, “Naturaleza de los plazos establecidos por la ley 19.549 para la impugnación judicial de los actos administrativos,” *RADA*, 5: 35, Buenos Aires, 1973; GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL, “Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos nacionales,” *ED*, 51: 951; DE ESTRADA, “Juicios contra el Estado Nacional. Plazos para interponer acciones o recursos,” *JA*, 1977-III, p. 689 y ss.; SILVESTRI, BEATRIZ R. y GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL M., “La instancia administrativa previa a la judicial en la ley 19.549 (recursos y reclamos),” *ED*, 72: 763.

se esté dispuesto a dar al pronto y libre acceso a la justicia requerido por los tratados internacionales de derechos humanos y un principio de justicia natural ya universalmente aceptado,⁵ o a los siempre irritantes y contraproducentes privilegios de la administración pública que algunos autores a veces pretenden, contra toda realidad, defender. Se produce así el absurdo que tomamos siempre las fuentes más autoritarias, cualquiera fuere su origen: Si del absolutismo monárquico mejor,⁶ si de sus resabios, igual sirve. Rendimos así culto a la autoridad omnipresente, conforme el viejo principio caudillista y caciquista que nos sigue desde el nacimiento de nuestra cultura.⁷

3. La reforma de 1977

La reforma de 1977, por su parte buscó, no siempre con éxito, pulir algunos de los conceptos utilizados en 1972; además en forma expresa amplió las últimas excepciones a la necesidad del reclamo administrativo previo.⁸

Tomando el texto completo y ordenado de ambos decretos-leyes, se advierte cómo al ampliar y desarrollar las aparentes “excepciones” del régimen del decreto-ley, se había en verdad llegado a un punto en que la regla estaba claramente

⁵ Respecto al carácter global o universal del principio del acceso a la justicia nos remitimos a nuestro trabajo “Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality,” en prensa en una obra colectiva a ser publicada en Gran Bretaña, sobre la base del seminario realizado en París en el año 2008, en homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS.

⁶ Como lo demuestra lapidariamente el magnífico libro de GARCÍA-MANSILLA, MANUEL JOSÉ y RAMÍREZ CALVO, RICARDO, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, pp. 10, 11, 12, 15, 16, 57, 86, 213, 227-51, esp. 249. Ver con todo la nota bibliográfica de GARCÍA DE ENTERRÍA, LL, 2010-A, 1303-06, respecto a una obra de CASSAGNE cuya “españolidad” (sic) destaca, y en que propicia la opinión contraria. En otra variante ver nuestros artículos “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos modernos?” *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-104, Buenos Aires, Rap, 2006, accesible gratuitamente en www.respublicaargentina.com, *Serie de Estudios* y en <http://www.adaciudad.org.ar/index.php?load=articulos.php>; “Una celebración sin gloria,” LL, 2003-C, 1091-1102; “La sociedad civil vs. el poder político,” LL, 2003-E, 263; “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?,” LL, 2005-A, pp. 905-921; “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” LL, 2001-F, 1050; reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64. Ver también PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La postergación institucional,” LL, 2006-F, 877; POLICE, ARISTIDE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002.

⁷ Lo hemos explicado en *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, Londres, Esperia, 2003, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS; “Civilizations and Public Law: a View from Latin America,” en EVANGELOS VENIZELOS / ANTOINE PANTELIS (directores), *Civilisations and Public Law / Civilisations et Droit Public*, “European Public Law Series / Bibliothèque de droit public européen,” vol. LXXIX, Esperia, Londres, 2005, pp. 215-232; “La constitucionalidad formal del eterno retorno...,” *op. loc. cit.* en nota precedente.

⁸ Ver también los siguientes trabajos aparecidos con posterioridad a la reforma de 1977: MARIENHOFF, “Demandas contra el Estado nacional. Los arts. 25 y 30 de la ley de procedimiento administrativo nacional,” LL, 1980-B, 1024; PEARSON, *op. cit.* y *Apéndice de ampliación y actualización con las reformas*, Buenos Aires, 1979; LINARES, “El silencio administrativo denegatorio en la ley 19.549,” LL, 1980-C, 768, entre muchos otros.

invertida: como principio cabía interpretar que no era necesario formular el reclamo antes de interponer la demanda judicial.⁹

4. *El sistema actual*

En noviembre de 2000 entra en vigencia la ley 25.344,¹⁰ que modificó los arts. 30, 31 y 32 del decreto-ley 19.549/72. Sin embargo, la jurisprudencia ha correctamente revertido esta situación a partir de los casos *Castillo*,¹¹ *Gilardone*¹² y *Ramos*,¹³ donde ha dejado sentado que “el ritualismo inútil traduce un principio jurídico que subsiste como tal no obstante haber sido normativamente suprimido por la reforma de la ley 25.344 (artículo 12).”¹⁴ Cabe puntualizar la circunstancia poco feliz que fue el mismo gobierno democrático que, bajo la excusa de la emergencia, dictara esta antidemocrática ley y al mismo tiempo un muy autoritario régimen de contratos administrativos que acertadamente criticara MAIRAL.¹⁵

Otros gobiernos se han encargado de crear otros retrocesos, siempre al amparo de la emergencia que no hacen sino profundizar. Esta no es la tendencia

⁹ Ver nuestros artículos “La reclamación administrativa previa,” *ED*, 6: 1066 (Buenos Aires, 1963); “El reclamo administrativo previo,” *ED*, 89: 777, reproducido en el libro *Procedimiento administrativo*, La Plata, A.A.D.A., 1981, pp. 13-47; “Nuevos argumentos para la innecesariedad del reclamo administrativo previo,” *LL*, 1996-A, 633, nota al fallo *Calzar S.A.*, CNFed. CA, Sala II, 1995. En igual sentido BIANCHI, *op. cit.*, cap. II, B): “A poco que se analicen más detenidamente las excepciones previstas legal o jurisprudencialmente, habremos de concluir en que el reclamo en sí mismo es la excepción y el libre acceso a la justicia la regla.” CANOSA, en “Influencia...,” *op. cit.*, cap. 3), A) sostiene que “es casi inútil la existencia del reclamo.”

¹⁰ Acerca de la reforma de la ley 25.344 puede verse COMADIRA, *Procedimientos Administrativos. Ley...*, *op. cit.*, p. 512 y ss; CRIVELLI, JULIO CÉSAR, y VEGA, SUSANA, *La Emergencia Económica Permanente*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, p. 155 y ss; SORIA, DANIEL F., “El reclamo administrativo previo y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa. Su evolución y las reformas introducidas por la ley 25.344,” en AA.VV., *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración Pública*, Madrid, INAP, 2001, pp. 99-141; PERRINO, PABLO E., “Reclamo administrativo previo, tutela judicial efectiva y acceso a la jurisdicción,” en AA.VV., *Derecho Procesal administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, vol. I, pp. 857-80; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “El reclamo administrativo previo a dos años de su reforma,” *RAP*, 296:13, Buenos Aires, 2003; BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 669 y ss.; ROCCATAGLIATA, MARCELA, “El reclamo administrativo previo,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 471 y ss.

¹¹ CNFed. CA, Sala II, *Castillo*, *Carlos Abraham y otros c. D.G.F.M.*, *LL*, 2002-A, 972.

¹² CNCiv., Sala H, *Gilardone*, *LL*, 2002-A, 811, *DJ*, 2002-1, 151 (2001).

¹³ CNFed. CA, Sala I, *Ramos*, *LL*, 2002-F, 974, con nota de VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN, “La doctrina del «exceso ritual manifiesto», ¿seguirá vigente a pesar de la ley 25.344?,” “Apostillas jurisprudenciales sobre el agotamiento de la instancia administrativa en la vía reclamatoria,” en LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO y VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN (coord.), *Perspectivas del Derecho Público en el umbral del siglo XXI*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 83-103.

¹⁴ CNCiv., Sala H, *Gilardone*, *LL*, 2002-A, 811, cons. 6°. Ampliar en GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, p. 489-90 y jurisprudencia allí citada.

¹⁵ MAIRAL, HÉCTOR A., “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 3-18. Ver también BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, “¿Qué se entiende por contrato administrativo?” *LL*, 2010-A, 1032/39; PULVIRENTI, ORLANDO, nota bibliográfica al art. de DÍAZ LEMAN, JOSÉ MANUEL, “Contratos públicos versus contratos administrativos ¿Es conveniente mantener la duplicidad de la ley contratos del sector público?” *LL*, 2010-A, 1310/12.

sana y superadora que permite vencer los obstáculos ajenos a nuestro sistema constitucional,¹⁶ totalmente ajenos a la emergencia que la ley 25.344 y otras posteriores invocan.¹⁷ Resta mucho por aprender.

5. Exigibilidad del reclamo. Alcances

Aun en sus orígenes, cuando se hablaba de la “indemandabilidad del soberano,” se admitía de todos modos que el Poder Ejecutivo podía contestar la demanda sin oponer la falta de venia pues no era un principio de orden público.¹⁸ Esta regla siguió vigente luego del dictado de las leyes 3.952 y 11.634,¹⁹ pues se trataba de una facultad del apoderado o representante en juicio. Dijo así la CSJN “que queda librado *al representante* del Poder Ejecutivo nacional aceptar directamente la controversia judicial cuando tal requerimiento al reclamo administrativo no se ha cumplido.”²⁰ Así, el juez no podía exigir de oficio que se acreditara haber efectuado el reclamo para proveer la demanda,²¹ pues era un privilegio de la administración, que ésta usaría o no al contestar la demanda,²² no pudiendo por lo demás hacerlo después de esa oportunidad procesal.²³

¹⁶ Ver t. 2, cap. XIII, “La tutela judicial,” § 3.1.3, “La cuestión del agotamiento de la vía administrativa.” Ver Bolivia, art. 69 y Perú, art. 218.2; ordenamientos jurídicos que tienen la saludable ventaja de desconocer el reclamo administrativo previo.

¹⁷ CRIVELLI y VEGA, *La Emergencia...*, op. cit., p. 154. afirman que “lejos de paliar con estas medidas la «emergencia» que la ley declara, estas disposiciones hacen entrar en emergencia al derecho, la seguridad jurídica, y al respeto por los derechos individuales.”

¹⁸ CSJN, Fallos, 12: 227, *Anselmo Nuñez*, 1872; 252: 326, *Edward Arturo Mariño*, 1962. FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, p. 132, *Derecho administrativo*, t. II, 1976, p. 644; ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 400; BIANCHI, op. cit., cap. II, B); este tema lo tratamos en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Álvarez, 1964, p. 209; 2ª ed., Macchi, 1971, p. 485, en principios que aquí mantenemos. Ver también GARCÍA PULLÉS, op. cit., pp. 469-70 y jurisprudencia allí citada.

¹⁹ CSJN, Fallos, 200: 196, *Roca, Agustín M. y otros*, 1944; 233: 106, *Zenón E. Perezlindo*, 1955; 246: 132, *Arturo Cajida*, 1960; CFed. Tuc., *Sosa, LL*, 124: 808 (1966); FIORINI, op. loc. cit.

²⁰ CSJN, Fallos, 233: 106, *Zenón E. Perezlindo*, 1955; 246: 132, *Arturo Cajida*, 1960. Conf. FIORINI, op. loc. cit.; GRAU, ARMANDO EMILIO, “Reclamación administrativa previa,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 183 y ss., p. 185.

²¹ CFed. Tuc., *Sosa Román de Ahumada Herrera, LL*, 124: 808, año 1966.

²² ESCOLA, op. cit., p. 400; FIORINI, *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., p. 644; LINARES, “Demandas...,” op. cit., p. 1002: “Ocurre que si la Nación contesta la demanda [...] y pide el rechazo de tal demanda, con eso convierte automáticamente en innecesaria la reclamación, porque el apoderado estatal goza de plenos poderes y lo que él sostenga es lo que sostiene la Nación.” GRAU, op. cit. Existen supuestos en los que se justifica prescindir del reclamo previo (Fallos: 312-2: 2418, *Díaz*, año 1989, cons. 3º; CNFed. CA, Sala II, *Calzar S.A., LL*, 1996-A, 634 (1995), con nota de AGUSTÍN: “Nuevos argumentos para la innecesariedad del reclamo administrativo previo.” La Sala entendió que si lo que se solicitaba era la declaración de inconstitucionalidad de una norma, el reclamo previo no tendría ninguna finalidad, por ser el Poder Judicial el único órgano habilitado para dirimir tal pretensión.

²³ CNCiv., Sala D, *Rodacal S.R.L., LL*, 124: 106 (1966); BIELSA, “El recurso de amparo. Los actos arbitrarios de la autoridad administrativa y la protección judicial. Observaciones generales sobre el recurso de amparo, a propósito de un proyecto de ley nacional,” *LL*, 105: 1068; LAZZARINI, JOSÉ LUIS, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 1967, p. 110.

Actualmente el régimen se ha modificado en perjuicio de la tutela judicial efectiva.²⁴ En 1999 la CSJN *in re Gorordo* se aparta de lo antes resuelto en *Cohen* y *Construcciones Taddía S.A.*, estableciendo la posibilidad de verificar de oficio los requisitos de admisibilidad antes de correr traslado de la demanda.²⁵ La ley 25.344 consagrar esa inconstitucional postura: “los jueces no podrán dar curso a la demanda mencionada en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente.” Por lo tanto, en la hipótesis que actualmente se maneja se supone que los jueces *deberían de oficio* verificar los requisitos de admisibilidad de la acción, previo a ordenar traslado de la demanda. No obstante ello, debemos tener en cuenta que no tratándose de una exigencia de orden público,²⁶ el Poder Ejecutivo puede renunciarla expresamente con carácter general o particular,²⁷ p. ej., en un convenio con la otra parte,²⁸ de modo tal que la exigencia de la ley es excesiva.

La CSJN dijo que la finalidad del instituto, es ser “una etapa conciliatoria anterior al pleito,” para “dar a la administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad de lo actuado [...] propósito fundado en motivos de indudable prudencia que aconsejan que el Fisco no sea llevado a juicio sin haber tenido previamente la posibilidad de tomar conocimiento de los extremos en los que el particular sustenta su reclamación y evaluarlos para pronunciarse sobre su procedencia”²⁹ El irrealismo del criterio es palmario y su carácter contrario a un Estado de Derecho en que se garantice el expeditivo acceso a la justicia conforme las normas supranacionales, también.³⁰

Finalmente nuestra CSJN, luego de la sanción de la ley 25.344, ha señalado que “los jueces no están facultados para denegar de oficio la habilitación de la instancia judicial ni declarar por esa vía la caducidad de la acción deducida ante ellos,” *in re Resch, Héctor*, año 2004.³¹

²⁴ PERRINO, PABLO E., “Silencio administrativo y tutela judicial efectiva,” en BOTASSI, CARLOS A. (dir), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP Librería Editora Platense, 2003, pp. 481-91.

²⁵ CSJN, *Gorordo*, LL, 1999-E, 186; *Cohen*, Fallos, 313-1: 228, LL, 1990-C, 317; *Construcciones Taddía S.A.*, Fallos, 315-3: 2217, JA, 1993-III, 397 (1992). Ver *supra*, cap. III, § 18.3, “El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa.”

²⁶ Ver jurisprudencia citada por TAWIL, *op. cit.*, p. 155. Ver también D'ARGENIO, *La justicia...*, *op. cit.*, § 23, p. 60: “la exigencia del reclamo previo a la acción judicial no es de orden público pues no puede trabarse el acceso a la Justicia.” En igual sentido GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, pp. 469-73, esp. p. 473.

²⁷ CSJN, Fallos, 252: 326, *Edward A. Mariño*, 1962; 200: 196, *Roca, Agustín*, 1944; 215: 37, *María Filomena Vidiri*, 1949; 233: 106, *Zenón E. Perezlindo*, 1995; FIORINI, *op. cit.*, p. 130. ESCOLA, *op. cit.*, p. 400. Comp. LAZZARINI, *op. cit.*, p. 110.

²⁸ CSJN, Fallos, 236: 437, 443, cons. 20.

²⁹ CSJN, Fallos: 311-1: 689, *Empresa La Estrella S.R.L.*, 1988; 314-1: 725, *Gasparri y Cía. S.A.*, 1991, “evitando juicios innecesarios.” Fallos: 312-1: 1306, *Luis R. Guerrero*, 1989.

³⁰ Es ademas falaz, pues absolutamente nadie hace un juicio al Estado si cree que lo puede arreglar en sede administrativa, aunque más no sea por lo que ahorra en tiempo, costas y tasa de justicia.

³¹ Con nota de DIANA, NICOLÁS, “¿Otra vez el enigma de la habilitación de instancia? (Sobre las cenizas de Cohen),” LL, 2005-F, 60.

6. *El reclamo frente a los entes autárquicos. Su inexigibilidad.*

El nuevo texto legal exige el reclamo administrativo previo para demandar a las entidades autárquicas. No caben dudas de que ello constituye un manifiesto retroceso legislativo que no cabe sino tachar de inconstitucional.³² Hace casi treinta años el decreto-ley 21.686/77 eliminó esta exigencia disponiendo la inexigibilidad del reclamo previo para demandar a un ente descentralizado cualquiera sea su forma jurídica: ente autárquico, empresa del Estado, sociedad del Estado, sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, etc. Así, la inexigibilidad se había convertido en la regla, absoluta y sin excepciones tal como lo había aplicado la jurisprudencia en numerosos fallos.

Ahora, al incorporarse la exigibilidad del reclamo administrativo previo para demandar a las entidades autárquicas (no aplicable entonces a las empresas del estado, sociedades del Estado, etc.), se produce o solamente un inento legislativo de importante retroceso respecto del régimen anterior sino también de una violación incausada del principio supranacional de libre acceso a la justicia.

Vale preguntarse³³ si las demás excepciones que contemplaba el anterior art. 32 inc. f) siguen vigentes ante el silencio del nuevo texto legal. Creemos que efectivamente se mantienen las demás excepciones por resultar la solución más favorable a la garantía del debido proceso en sentido material y al acceso a la tutela judicial efectiva.³⁴

7. *El reclamo frente a los actos de la administración central*

El decreto-ley 21.686/77, al modificar el sistema del reclamo administrativo previo, había establecido que no hacía falta interponerlo cuando se tratara de impugnar “actos administrativos de alcance particular o general.” O sea que si se impugnaba un acto en ningún caso era necesario el reclamo previo.³⁵ Esta solución estaba innecesariamente reiterada por el art. 32, incs. a) y b), para ciertos casos particulares de actos administrativos. Es así de antiguo un criterio³⁶ generalizado respecto del recurso administrativo, que ha venido a operar como

³² Discrepamos así con CASAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 473, para quien se trata meramente de un “desacierto legislativo.” Coincidimos por otra parte con COMADIRA, a quien sigue CASSAGNE, en que en cualquier caso no incluye a los demás entes descentralizados del Estado: Ver *infra*, nota 33.

³³ Como lo hacen SISELES, OSVALDO E. y VICENTI, ROGELIO W., “La ley de emergencia 25.344 y el proceso contencioso administrativo,” *LL*, 2001-F, 1179.

³⁴ SISELES y VICENTI, “La ley...,” *op. cit.*, donde examinan las modificaciones en el procedimiento del reclamo administrativo previo. COMADIRA, *Procedimientos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 30 a 32, § 9.5.1.1, pp. 516-7, acertadamente puntualiza que las empresas o sociedades anteriormente exceptuadas no deben, ante el silencio de la reforma legislativa, entenderse ahora incluidas en el reclamo previo como recaudo de la demanda. Sigue su criterio CASSAGNE, *op. loc.cit.*

³⁵ PEARSON, *op. cit.* p. 122 y ss.; MARIENHOFF, “Demandas...,” p. 1029, punto d), sec. doctrina.

³⁶ Ver nuestros artículos “La reclamación administrativa previa,” *op. cit.* (1963); “El reclamo administrativo previo,” *op. cit.*, año 1980.

reclamo previo.³⁷ Dado que en materia de actos los arts. 23 y 24 crean un sistema de recursos de *necesaria* interposición, son tales recursos los que en el sistema de la ley *suplen* el requisito del reclamo formal independiente.³⁸ Ahora bien, el nuevo texto del art. 30 dice que podrá demandarse al Estado nacional sin previo reclamo administrativo “cuando se trate de los supuestos de los artículos 23 y 24.” De esta manera, la ley 25.344 viene a plasmar en el texto la interpretación pacífica tradicional: En los casos en que existe reglado un recurso para impugnar un acto administrativo no se requiere interponer reclamo administrativo previo, pues el recurso viene a actuar como tal, agotando en los casos correspondientes la vía administrativa y dejando expedita la vía judicial.³⁹

El nuevo texto legal diferencia claramente las dos vías de acción; por un lado la vía impugnatoria de los arts. 23 y 24 y por otro lado la vía reclamatoria de los arts. 30 y ss.⁴⁰ La misma razón hace que también los reglamentos y los actos contractuales queden exentos de la necesidad de reclamo previo: Aquí la regla es que en ningún caso hace falta. Por lo demás, la jurisprudencia administrativa y judicial excluye a los reglamentos de necesidad y urgencia del reclamo impropio del art. 24.⁴¹ Cuando se trata de reglamentos, el art. 24 es claro en disponer que no se los puede impugnar judicialmente en forma directa, sino que es necesario provocar un acto concreto de aplicación y acudir a la justicia contra él. Para la petición que el particular quiera formular contra un reglamento administrativo que aun no le hubiere sido aplicado mediante un acto concreto, no rigen las disposiciones y plazos relativos al previo reclamo administrativo, sino que se aplica el procedimiento de la denegación tácita contemplado en el art. 10, conforme lo aclara la parte final del inc. a) del art. 24.⁴² A su vez, si la autoridad administra-

³⁷ MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, 2ª ed., p. 770: “El reclamo que el administrado formule a través de un recurso jerárquico, en el supuesto de que tal reclamo sea desestimado por la Administración Pública, vale como «reclamación administrativa previa» a los efectos de promover una demanda contra la Nación;” LINARES, “Demandas...,” *op. cit.*, p. 999; PEARSON, *op. cit.*, p. 125; CFed. Cap., Sala Civ. y Com., *Gómez Gerardo, LL*, 133: 276, año 1968.

³⁸ Ya con la primera redacción de estos artículos concluía PEARSON, *op. cit.*, pp. 124-5, que toda vez que se tratara de atacar un acto administrativo era pertinente utilizar los recursos y no el reclamo administrativo previo; y advertía a su vez que tampoco esto significaba que el reclamo era procedente para impugnar en sede administrativa todos los hechos.

³⁹ En similar sentido, por sus fundamentos, GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, t. 1, p. 473.

⁴⁰ Como dicen SISELES y VICENTI, “La ley de emergencia 25.344...,” *op. cit.*

⁴¹ PTN, *Dictámenes*, 268: 358; 236: 273. Ver jurisprudencia en GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, pp. 477-8, y en SACRISTÁN, ESTELA B., “Impugnación administrativa de los reglamentos de necesidad y urgencia y delegados (La cuestión de su naturaleza legislativa),” en AA.VV., *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pp. 309-48.

⁴² Así p. ej. LINARES, *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 33-4, aclara que no se trata en esta hipótesis del reclamo administrativo previo referido en el art. 30; PEARSON, *op. cit.*, pp. 116-20; MARIENHOFF, “Demandas...,” *op. cit.*, p. 1029: “El «reclamo» para demandar judicialmente al Estado, no procede cuando se trata de impugnar judicialmente «actos administrativos» sean de alcance particular o general;” GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, p. 473: “En modo alguno supone extender su ámbito de aplicación a los casos en que mediere un acto administrativo que causare la agresión al derecho subjetivo o interés legítimo del ciudadano o administrado.”

tiva da aplicación al acto reglamentario mediante actos particulares, los mismos deben ser recurridos conforme a las reglas aplicables al respecto, tal como lo dispone el inc. b) del mismo art. Todo ello significa que el acto reglamentario como tal no es impugnabile judicialmente en forma directa y que para agotar la vía administrativa, tampoco es aplicable el reclamo administrativo previo de que tratan los arts. 30 y ss.

8. *Inexigibilidad en los hechos y vías de hecho*

El art. 25 del decreto-ley fija un plazo de noventa días para iniciar la acción judicial, según se ha visto,⁴³ y establece que en el caso de “hechos administrativos” y de “vías de hecho,” ese plazo se computará desde que ellos fueren conocidos por el afectado. La solución legal no hace necesario interponer el reclamo administrativo previo, pues es directamente procedente la demanda judicial.⁴⁴

9. *Inexigibilidad en caso de silencio*

Por igual razonamiento y similares normas, “el silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto,”⁴⁵ luego de requerírsele pronto despacho,⁴⁶ deja abierta la vía judicial sin otro requisito y plazo que el de la prescripción.⁴⁷

Esta solución se halla reforzada por el inc. c) del art. 23, que también expresa que puede acudirse a la instancia judicial cuestionando la inactividad administrativa o su omisión “cuando se diere el caso de silencio o de ambigüedad a que se alude en el artículo 10.” Es categórica la conclusión⁴⁸ que en caso de silencio frente a pretensiones que requieran un pronunciamiento concreto, el particular puede limitarse a pedir pronto despacho y esto le habilita para iniciar la demanda judicial. La solución es clara: si el particular está pidiendo algo por escrito y no le contestan, e insiste en su pedido y tampoco le contestan, sería absurdo exigirle que venga ahora a hacer el mismo pedido con nombre distinto para poder recién habilitarle la vía judicial.

⁴³ Cap. III, § 18.3, “El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa.”

⁴⁴ PEARSON, *op. cit.*, pp. 125/6: “Los hechos no requieren para acudir a la vía judicial, el planteo previo del referido reclamo, como tampoco el de los recursos;” “si en el caso de los hechos se toma como fecha el de los acontecimientos es porque no ha sido necesario deducir planteo alguno en sede administrativa.” “La [...] norma del artículo 25 [...] vale también para el reclamo del artículo 30 en el sentido de no resultar impuesto cuando de hechos se trata.”

⁴⁵ Decreto-ley 19.549/72, art. 10.

⁴⁶ Continúa el citado art. 10: “Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración.”

⁴⁷ Art. 26: “La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción.”

⁴⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, 3ª ed., p. 242; GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, p. 480.

10. *Omissiones*

10.1. *Planteamiento de la cuestión*

Queda por considerar las omisiones de la administración, cuando no hay pedido o reclamo del particular,⁴⁹ ni acto expreso consignando la voluntad administrativa de realizar dicha omisión,⁵⁰ ni tampoco, por fin, hechos o vías de hecho que subsuman la omisión.⁵¹ Las reglas que venimos de exponer en materia de actos, hechos y silencio, surgen de otras normas que las referidas específicamente al reclamo previo. Los arts. 10, 23, 24, 25, 26 son los que se encargan de admitir la impugnación judicial directa en los casos comentados. Luego de expuestas tales reglas que excluyen apriorísticamente el reclamo como requisito previo a la demanda y limitado así nuestro análisis a las omisiones, las únicas que no están contempladas en dichos artículos,⁵² llegamos a analizar ahora que el art. 32 tiene a su vez varias importantes excepciones a la necesidad de efectuar el reclamo previo y que todavía surgen más excepciones de otras normas y pronunciamientos.

10.2. *Inexigibilidad por texto expreso. Casos*

Contra las omisiones, antes de la reforma de la ley 25.344, tampoco procedía el reclamo administrativo previo en los casos contemplados en los incs. *c)*, *d)* y *e)* del decreto-ley:

1. Repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución (inc. *c*).
2. Repetir un gravamen pagado indebidamente (inc. *c*).
3. Reclamación de daños y perjuicios al Estado (inc. *d*).
4. Acción de desalojo contra el Estado (inc. *d*).
5. Acciones que no tramiten por la vía ordinaria (inc. *d*).
6. Cuando mediere una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del reclamo, transformándolo en un ritualismo inútil (inc. *e*).

Ahora bien, con la nueva reforma, se ha pretendido derogar la mayoría de las excepciones que contemplaba el anterior art. 32 del decreto-ley, aunque cabe

⁴⁹ Pues si hay un pedido o reclamo del particular, éste abre sea: *a)* la vía del silencio, *b)* la vía del acto administrativo expreso. En ambos casos, en consecuencia no hace falta el la reclamación administrativa previa.

⁵⁰ Pues si hay acto expreso consignando la voluntad administrativa de realizar determinada omisión, corresponde entonces utilizar los recursos y no el reclamo previo.

⁵¹ En efecto, si la omisión va subsumida dentro de hechos o vías de hecho, o sea, conductas materiales de la administración, entonces también procede directamente la demanda judicial conforme lo indica el inc. *d)* del art. 25. Como ejemplos de hechos que subsuman omisiones podemos mencionar los siguientes: la ocupación temporánea de un bien, omitiendo indemnizar; la retención de un vehículo tomado por la administración (p. ej., por alegado mal estacionamiento) cuya devolución se omite realizar; el irregular funcionamiento de un servicio público, con la consiguiente omisión de prestarlo regularmente.

⁵² Y siempre con las salvedades que explicamos en las tres notas precedentes.

destacar que la jurisprudencia sabiamente las ha ido restableciendo, pues no eran una creación *ex-novo* del legislador de facto, sino una construcción hecha por la jurisprudencia a través de décadas de evolución.⁵³ En cualquier caso, no está demás puntualizar que en esa solución normativa cabría concluir que no procede el reclamo previo contra las omisiones al menos en los siguientes casos:

1. Repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución (inc. *a*).
2. Repetir un gravamen pagado indebidamente (inc. *a*).
3. Reclamación de daños y perjuicios al Estado por responsabilidad extracontractual (inc. *b*).

Si la jurisprudencia restableciera sus viejos principios, como estimamos que necesariamente habrá de hacerlo por obvias razones de naturaleza constitucional y supra constitucional, se evitaría que de esta manera se restrinja aun más la posibilidad de accionar judicialmente y de acceder a la tutela judicial efectiva. La jurisprudencia ya ha establecido la vigencia del secular principio recogido en el pretendidamente derogado inc. *e*), con lo cual ya cabe agregar a los supuestos anteriores los siguientes:

4. Cuando mediere una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil (el “derogado” inc. *e*).

En cuanto a las acciones que no tramitan por vía ordinaria (inc. *d*), la supuesta derogación es a nuestro juicio igualmente inexistente en lo que se refiere al amparo; nadie ha pensado, en efecto, que hiciera falta reclamo previo para iniciar acción de amparo: esto ya lo dispone claramente el art. 43 de la CN. Cabe así agregar que no procede tampoco el reclamo:

5. En las acciones de amparo.

10.3. *Inexigibilidad por interpretación extensiva*

Analizaremos cómo ampliar los casos del art. 32 y cuáles han quedado derogados:

10.3.1. *Repetición de ejecución. Reconvención. Juicio previo*

Acumulamos aquí tres supuestos a nuestro juicio bastante claros. El primer caso mencionado, repetición de lo pagado al Estado en virtud de una ejecución, surge amplio de la disposición. Además, no ha de entenderse necesariamente ejecución fiscal en juicio de apremio: sea la ejecución judicial o administrativa, en los casos que la ley la autoriza, la repetición de lo pagado no requiere el reclamo previo. No interesa cuál es el contenido de lo pagado al Estado ni el título jurídico por el cual éste lo ejecutó. Son también aplicables las demás reglas construidas al por la

⁵³ Corresponde por ello una vez más remitirnos a nuestro art. de 1963, en *ED*, 6: 106.

jurisprudencia y así puede reconvenirse en una demanda iniciada por la Nación contra el particular;⁵⁴ lo mismo, si el nuevo juicio es promovido como consecuencia de otro anterior seguido por la Nación contra el actor del juicio actual.⁵⁵

10.3.2. *Repetición de gravámenes*

Cualquiera sea el tipo de gravamen cuya repetición se reclama, no procede el reclamo:⁵⁶ Impuestos *stricto sensu*, tasas, derechos, patentes, contribuciones de mejora, aportes previsionales o sociales y sus accesorios: Indexaciones, intereses, multas, etc. Este supuesto completa, con el anterior, todos los posibles casos de reclamos monetarios del Estado contra el particular, que éste haya pagado con ejecución o sin ella y por cuya repetición se quiera demandar al Estado.

10.3.3. *Reclamación de daños y perjuicios al Estado*

Sobre este tema se realiza la primera modificación que introduce la ley 25.344. El nuevo texto legal excepciona del reclamo administrativo previo “cuando se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual” derogando así el mismo supuesto para el ámbito contractual. Interesa señalar, entonces, la evolución que ha tenido este precepto. El origen se remonta al año 1944, en que por decr. 28.211/44 se dispuso con carácter general no hacer lugar en sede administrativa, a reclamos de esa naturaleza.⁵⁷ La explicación es práctica y sencilla: La administración carece de una organización adecuada para la justipreciación de la prueba que supone evaluar los daños y perjuicios producidos extracontractualmente y por ello no puede realmente asumir en forma fácil la tramitación y resolución en tiempo oportuno de estas cuestiones; la dilucidación del asunto directamente en sede judicial es más conveniente tanto a la administración como al particular. Las críticas que se han formulado⁵⁸ contra la norma y

⁵⁴ CSJN, *Fallos*, 2:36, *Cándido*, 1865; CNFed. CC, *Gobierno Nacional c. González, Manuel, LL*, 124:535 (demanda el Estado por incumplimiento de contrato, le reconviene por desalojo); *DJ*, 29-XII-64; nuestra obra *Procedimiento y recursos administrativos*, 1971, *op. cit.*, p. 483.

⁵⁵ CSJN, *Fallos*, 184: 54; 210-4: 1242, *Constantino García c. Nación Argentina*, 1948; MARIENHOFF, “La ley de demandas...”, *op. cit.*, p. 46; en contra *Fallos*, 25: 203, *Fisco Nacional c. Deetjen*, 1883.

⁵⁶ CASSAGNE, “La ley nacional...”, *op. cit.*, p. 844 nota 65.

⁵⁷ Ver CARRILLO, PEDRO, “Demandas contra la Nación (decreto 28.211/44)”, *LL*, 91: 929; MAIRAL, *op. cit.*, p. 360; SPOTA, ALBERTO G., “La ley de demandas contra la Nación y la pretendida doble personalidad del Estado”, *ADLA*, 1889-1919, pp. 490-2; FIORINI, *Qué es el contencioso*, *op. cit.*, p. 132. CSJN, *Fallos*, 215: 37, *María Filomena Vidiri*, 1949.

⁵⁸ “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; antes publicado como: “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, 2003, pp. 19-32; “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726. Ver también nuestra nota XXII.2, “El problema no es el procedimiento sino el órgano,” en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Thomson/Civitas- La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 524-B a 524-D.

el criterio son teóricamente correctas, pero empíricamente cuestionables, porque salvo indemnizaciones de poco monto (inundaciones, p.ej.) la responsabilidad del Estado es también muy difícil de llevar a la práctica incluso en el ámbito judicial.⁵⁹

Dado el origen meramente reglamentario de la excepción, en algunos casos se la interpretó indebidamente de modo restrictivo. Así p. ej. se dijo que si se trataba de daños y perjuicios que no emergían de un hecho ilícito, la excepción no correspondía;⁶⁰ también se sostuvo que un reclamo por daño de la cosa no encuadraba en la excepción.⁶¹

Luego, con el régimen del decreto-ley 19.549/72 y la reforma de 1977 se avanzó más allá que el precedente del decr. 28.211/44, disponiendo que todo reclamo por daños y perjuicios, sin distinción alguna,⁶² quedaba exceptuado del reclamo administrativo previo.

El fundamento de la disposición era el mismo que a su vez tenía en la práctica el anterior decreto, pues en verdad se observa fácilmente —aun hoy en día— que el problema probatorio y de apreciación de los daños y perjuicios es el mismo cualquiera sea el origen de éstos. Solamente en algunas materias la organización administrativa está en condiciones de evaluar los perjuicios,⁶³ pero no como regla general.⁶⁴

En consecuencia, no hacía falta el reclamo previo si el particular quería demandar al Estado por reparación de daños y perjuicios contractuales o extracontractuales, hubiere o no hecho ilícito de por medio, inclusive responsabilidad por los dependientes, daño de la cosa, responsabilidad por riesgo.⁶⁵ Por supuesto, estaban aquí incluidos todos los rubros indemnizatorios: daño material por daño emergente y/o lucro cesante, daño moral, *exemplary damages*, etc. y sus accesorios: actualización, intereses, costas.

Hoy en día el régimen ha sido modificado quedando vigente solamente la excepción cuando se trate de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado. La administración carece de organización adecuada para justipreciar la prueba para evaluar daños y perjuicios producidos extracontractuales. Su estructura no está en condiciones de evaluar daños y perjuicios en un caso concreto, salvo situaciones en que se trata de pequeñas sumas que

⁵⁹ Nos remitimos al cap. XXI del t. 2, 10ª ed., “La responsabilidad del Estado en la práctica.”

⁶⁰ CSJN, *Pampuro, Genesio, Fallos*, 256: 513, (1963), publicado también en *DJ*, 23-X-63.

⁶¹ PTN, *Dictámenes*, 78: 261.

⁶² Confr. CASSAGNE, “La ley nacional...,” *op. cit.*, nota 66 y MAIRAL, *op. cit.*, p. 360.

⁶³ P. ej., en los contratos de obras públicas, en que está muy legislado y reglamentado y hay suficiente práctica, con los regímenes de mayores costos, gastos improductivos, etc.

⁶⁴ MERTEHIKIAN, EDUARDO, “La responsabilidad del Estado en sede administrativa. La pretendida imposibilidad jurídica de admitirla. Análisis crítico sobre la interpretación que sostiene la vigencia de una norma retrógrada: el decr. 28211/44,” en AA.VV., *Derecho procesal administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, t. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2004. Coincidimos en que no existe imposibilidad jurídica en el reconocimiento de responsabilidad del Estado en sede administrativa; la dificultad es totalmente empírica.

⁶⁵ Daños ocasionados por automotores, navegación aérea, energía nuclear. Ver SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1977, 2ª ed., p. 407 y ss., p. 533 y ss.

se confieren de modo más o menos generalizado, como las indemnizaciones que confiere la CABA a los perjudicados por las indemnizaciones.

Si se reclama por reponsabilidad contractual, la excepción no se aplica salvo los otros supuestos de rigorismo ritual manifestado, etc.⁶⁶

10.3.4. *Acción de desalojo contra el Estado*

La jurisprudencia había admitido que en caso de juicios de desalojo contra el Estado no era necesario el reclamo previo. No se exigía ni cualificaba con modalidad alguna a la relación jurídica en virtud de la cual el particular reclamaba el desalojo al Estado: Podía tratarse del vencimiento de un contrato de locación, del acogimiento a alguna cláusula legal que permitiera darlo por terminado cuando existieran prórrogas legales, de su nulidad, o de la inexistencia misma del contrato de locación. La Corte Suprema revirtió la solución de la Corte,⁶⁷ pero la reforma legal reintrodujo el supuesto que la Corte había suprimido. Ojalá la Corte pueda volver nuevamente las cosas a su estado anterior, para hacer efectivo el acceso a la justicia también en este supuesto.

10.3.5. *Acciones que no tramitan por la vía ordinaria*

Esta lista era, como se comprende, importante. Estaban aquí comprendidas las acciones posesorias, los interdictos, la acción de amparo,⁶⁸ juicio expropiatorio (y no sólo el de expropiación irregular que prevé el decreto-ley 21.499/77),⁶⁹ etc.

10.3.6. *Ritualismo inútil*

He aquí una de las más importantes y criticables modificaciones que introdujo la ley 25.344 al derogar del art. 32 su anterior inc. e), pues esta excepción podía fácilmente verse configurada en la totalidad de los casos y así permitir el acceso a la justicia por parte del particular en todos ellos.

⁶⁶ Ver, con todo, CNFed. CyC, Sala III, *Aranda, Narciso*, 5-XI-04: “El inc. b del art. 32 [...] establece que el reclamo administrativo previo no será necesario cuando se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual. En autos se reclaman los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual de un organismo estatal, por lo que la pretensión deducida no se encuentra incluida en las excepciones que la norma prevé. Asimismo, no surge constancia alguna que el actor haya iniciado algún tipo de actuación administrativa a los efectos de acreditar una clara conducta del organismo que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformándolo en un ritualismo inútil.”

⁶⁷ CSJN, *Fallos*, 261: 108, (1965), *Bernasconi de Corti*, con disidencia de ABERASTURY; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 46; LAZZARINI, *op. cit.*, p. 110.

⁶⁸ CASSAGNE, “La ley nacional...”, *op. cit.*; FIORINI, *Qué es el contencioso*, *op. cit.*, pp. 130-1; LAZZARINI, *op. cit.*, pp. 110-1.

⁶⁹ Por el art. 53 de ese DL no hace falta reclamo previo en la expropiación irregular; pero según el Decreto Ley 19.549/72 de todos modos no hace falta el reclamo cuando existe un procedimiento especial, lo cual se ha entendido de antaño que ocurre con el juicio expropiatorio: *Fallos*, 186: 251, *Nación Argentina v. Domingo Bianchi y otros*, 1940; 241: 382, *Nación Argentina v. Ramón Olivera*, 1958; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 46; FIORINI, *Qué es...*, *op. cit.*, pp. 130-1.

Se habían desarrollado precedentes resolviendo que no era necesario el previo reclamo administrativo cuando, p. ej., se había dictado un decreto del Poder Ejecutivo sobre la cuestión o reclamo que motivaba la demanda, resolviéndolo en forma negativa, lo que implicaba la ineficacia cierta del procedimiento de la reclamación administrativa.⁷⁰ El decreto-ley 19.549/72 y su reforma de 1977 prescindieron del ejemplo, que por lo demás resultaría inaplicable pues cuando hay acto expreso ya vimos que el reclamo está excluido *ab initio*; sentaron en cambio un principio más amplio: Que el reclamo no hacía falta cuando mediare una clara conducta del Estado que hiciera presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformándolo en un ritualismo inútil,⁷¹ conforme a la muy antigua jurisprudencia que siempre encontró en ello un principio de naturaleza constitucional. Con la nueva modificación esta excepción ha quedado presuntamente “derogada” en el texto literal de este plexo normativo,⁷² pero creemos que la regla del anterior inc. e) sigue jurídicamente vigente, en cuanto no ha hecho sino recoger, como hemos dicho, una centenaria jurisprudencia de claro fundamento constitucional. Así lo ha comenzado a reconocer la justicia.⁷³

La ley 3.952 del año 1900, de demandas contra la Nación, exigía el reclamo administrativo previo sin excepciones. La justicia consideró que ello era irracional e inconstitucional en una serie de supuestos, entre ellos, cuando la conducta de la administración hiciera prever una negativa haciendo entonces del trámite un formalismo inútil.

⁷⁰ CSJN, Fallos, 204: 618, S.A. *El Fénix Sudamericano c. Nación*, 1946; 215: 37, *Vidiri María Filomena*, 1949; 233: 106, *Zenón Evaristo Perezlindo*, 1955; 252: 326, *Edward Arturo Mariño*, 1962. Comp. FIORINI, *op. cit.*, p. 129.

⁷¹ Véanse los casos que menciona MAIRAL, *op. cit.*, p. 360 y ss. Ver también CNFed. CA, Sala I, *Malharro de Torres*, 25-X-95; Sala II, *Mansilla*, 16-VIII-94; Sala V, *Vasile*, 13-III-98 y otros.

⁷² En cambio la excepción es expresa en la CABA, art. 5°: BALBÍN, CARLOS F., “El ritualismo inútil como excepción al agotamiento de la vía administrativa,” en BALBÍN (dir.), *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Comentado y Concordado*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2003, título I, cap. único, comentario al art. 5°, § 2.12, p. 86 y la jurisprudencia allí citada; Provincia de Buenos Aires, art. 14, inc. 1°), ap. b).

⁷³ Al respecto, y luego de sancionada la ley 25.344, la Sala IV de la CNFed. CA ha señalado que “Sin embargo, a pesar de que no se encuentra previsto como excepción en el nuevo texto legal, resultaría claramente un ritualismo inútil exigir el reclamo administrativo previo en el caso de autos, toda vez que consta al tribunal -en atención a los numerosos procesos análogos ya resueltos- la reiterada negativa de la demandada a admitir la procedencia de planteos de este tipo. En este sentido, no puede dejar de recordarse que el exceso de rigor formal -que sin dudas se configuraría si no se reconociera al administrado la posibilidad de prescindir del reclamo en aquellos supuestos excepcionales en los que -como en el sub lite- se ha comprobado de modo manifiesto la oposición de la administración- resulta incompatible con las reglas del debido proceso y el adecuado servicio de justicia, máxime atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en diversos tratados de jerarquía constitucional (conf. art. XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica),” CNFed. CA, Sala IV, *Bejarano, Nicanor*, 30-X-01. Ver asimismo FANELLI EVANS, MARÍA AGUSTINA, “Ritualismo inútil. Un límite constitucional a la regla del previo agotamiento de la vía administrativa,” *RAP*, 334, separata, Buenos Aires, 2006.

Con la nueva reforma, sucede lo mismo que con la ley 3.952 pese a la letra del nuevo texto legal, éste no puede derogar un principio constitucional. De allí que hay jurisprudencia que admita que el agotamiento de la vía administrativa no es necesario si la administración ha fijado una posición en otros casos en forma expresa o tácita que haga prever la negativa de la administración y consecuentemente trabaje en forma innecesaria e irrazonable el acceso a la justicia.⁷⁴

De esta manera, consideramos que los tribunales de nuestro país deben seguir exceptuando de requerir el reclamo administrativo previo siempre que se haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformándolo en un ritualismo inútil, aun a pesar del nuevo texto legal. De este modo, el *quid* de la cuestión está en apreciar cuándo el reclamo administrativo previo puede cumplir una función útil, como modo de permitir a la administración pronunciarse en tiempo para tornar a su vez innecesario el juicio y cuándo en cambio puede constituir un ritualismo inútil, de resultados estériles, que solamente entorpece el accionar de unos y otros.

Creemos que es inevitable enfrentarse con la verdad: *en tanto requisito previo a la demanda*, es un ritualismo inútil en todos los casos,⁷⁵ de ineficacia cierta. A ello se suma que, con frecuencia, la tramitación en sede administrativa de un reclamo o recurso, especialmente en la administración central que es donde se aplica este régimen, tarde a veces tanto como un juicio. Su tiempo se mide en años, no en meses. Los 135 días hábiles que prevé el decreto-ley en total para poder seguir la vía judicial ante el silencio de la administración frente al reclamo son poco más de seis meses: virtualmente imposible que la administración resuelva el reclamo y por tanto casi absolutamente cierto que iniciarlo será un ritualismo inútil, pues el particular deberá iniciar la acción judicial sin haber podido obtener pronunciamiento alguno de la administración pública. No se pide certeza absoluta, sino sólo presunción *juris tantum* de que el reclamo será estéril, por lo que consideramos que normalmente este supuesto podrá estimarse configurado en la totalidad de los casos que se presenten.

10.4. Conclusiones respecto a las omisiones

Para resumir todas las situaciones precedentes según cuál sea el objeto de la omisión que se considere, estimamos oportuno reflexionar sobre el hecho de que cualquier conducta omitida por la administración, cuando debía legalmente pro-

⁷⁴ CNFed. CA, Sala I, *Ramos, LL*, 2002-E, 402 (2001), con nota de VOCOS CONESA, "La doctrina...", *op. cit.*; "Apostillas jurisprudenciales..." *op. cit.*; CNFed. CA, Sala II, *Castillo, LL*, 2002-A, 972; CNCiv., Sala H, *Gilardone, LL*, 2002-A, 811; *DJ*, 2002-1, 151 (2001); COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 30 a 32, § 9.5, p. 514.

⁷⁵ Conf. D'ARGENIO, *La justicia...*, *op. cit.*, § 5, pp. 30-1 y § 19, p. 56: "Si el derecho subjetivo del particular permanece inmune al desconocimiento en sede administrativa frente a la presentación de la reclamación, y el acto que se dicte en consecuencia de ella carece de aptitud para modificar la situación jurídica del reclamante, entonces no existe ninguna razón para subordinar, *en ningún caso*, la demanda judicial al reclamo administrativo previo." El destacado nos pertenece.

ducirla, es seguramente susceptible de ocasionar un perjuicio material apreciable en dinero y, posiblemente, un daño moral. Ello significa que en la mayoría, sino en la totalidad de los casos, el particular que reclama por una omisión administrativa cualquiera, estará en condiciones de reclamar también una indemnización por esa conducta omisiva.

10.4.1. *Omisiones de pagar sumas de dinero*

En el régimen anterior, toda vez que se reclamaban sumas de dinero al Estado la regla venía siendo inexorablemente la inexigibilidad del reclamo administrativo previo. En efecto, si se quería reclamar al Estado sumas de dinero,⁷⁶ con motivo de indemnización de daños y perjuicios (anterior inc. *d*): contractuales o extracontractuales (la norma no distinguía) o por repetición de un gravamen (impuesto, tasa, contribución de mejoras, derechos, multas, accesorios, etc.: una vez más la norma no distingue), o por repetición de lo cobrado por el Estado en virtud de una ejecución (por cualquier título y concepto, pues el anterior inc. *c*) y el actual inc. *a*) tampoco distinguen), igualmente no hace falta el reclamo administrativo previo.

Pero con el nuevo régimen hemos visto que han quedado derogadas la mayoría de las excepciones y en el caso de reclamación por daños y perjuicios, la inexigibilidad sigue manteniéndose respecto de los que tienen origen en responsabilidad extracontractual del Estado. ¿Hará falta entonces el reclamo, por excepción, si se pide el pago de un premio, o el otorgamiento de una pensión, jubilación, subsidio, p. ej., sin que haya acto administrativo que resuelva la cuestión en sentido adverso a las pretensiones del administrado? En tanto haya acto administrativo se hace nuevamente aplicable la primera regla enunciada, desde luego.

Veamos el caso de un particular que se considere con derecho a determinado premio, subsidio, pensión, jubilación, etc., que no le han pagado y que estime asimismo que la falta de cumplimiento por el Estado de tales prestaciones le ha causado daño material y moral. Si él reclama entonces no sólo el pago de lo que considera se le debía originariamente, sino también la indemnización de los daños y perjuicios, pareciera que el reclamo previo en lo que hace a los daños y perjuicios, obviamente no es necesario.

¿Hará falta entonces respecto al capital? Creemos que tampoco, pues exigir el reclamo implicaría obligar al particular a desdoblarse la cuestión y p. ej. hacer el reclamo previo por el capital inicial, pero iniciar mientras tanto la acción por daños y perjuicios que son resultado de la falta de pago del capital inicial, lo que

⁷⁶ Conviene aclarar, que no nos referiremos a este asunto bajo la clasificación civilista de obligaciones de dar, hacer y no hacer o permitir. O sea, al tratar de las omisiones del Estado no estamos tratando de sus obligaciones de hacer, no hacer o permitir (la causa en todo caso del problema), sino a cómo el problema se exterioriza al particular. Para el particular el incumplimiento o violación por la administración de cualquiera de sus obligaciones se presenta a través de actos, hechos y omisiones. En tal sentido hablamos en adelante de éstas.

no parece razonable. Y cabrá recordar también que la regla tradicional, en virtud de la cual se excluían del reclamo previo los reclamos de daños y perjuicios, era precisamente la imposibilidad práctica para la administración de justipreciar estos daños en sede administrativa, lo cual significaba y significa que en tales casos hacer el reclamo es, otra vez, un ritualismo inútil, de ineficacia cierta.

Concluimos entonces en que no hace falta el reclamo, como regla y que la inclusión del rubro “indemnización” en cualquier demanda pecuniaria, cualquiera sea su importancia relativa en el monto del juicio (incluso una demanda de una suma meramente simbólica, p. ej. \$ 1 en concepto de daño moral), hace que automáticamente sea también legalmente superfluo el reclamo previo.

10.4.2. *Omisión de devolver cosas*⁷⁷

Antes si se quería obtener del Estado el desalojo de un bien de propiedad del particular, sea con motivo de la inexistencia de contrato de locación, o de la extinción con causa de un contrato de locación existente (la anterior normativa no distinguía), tampoco hacía falta el reclamo conforme el inc. *d*) segunda parte del anterior art. 32.

Si se quería obtener del Estado la devolución de la posesión, por un interdicto de recobrar, o que se abstuviera de otro modo de molestar la posesión de un bien por el particular, no hacía falta el reclamo por tratarse de acciones que no tramitan por la vía ordinaria: Inc. *d*), tercera parte del anterior art. 32.

De esta manera, para poder encontrar un caso en que fuera necesario el reclamo para obtener del Estado la devolución de una cosa, sin que hubiera de por medio juicio de desalojo o acciones posesorias, solíamos concebir una situación en que el Estado por un título *prima facie* válido retuviera un bien mueble sin ánimo de dueño: P. ej., un vehículo retirado de la vía pública por supuesto mal estacionamiento, para cuya devolución se exige el pago de los gastos de traslado y custodia.

En este caso posiblemente no sería viable un interdicto y si no hay acto alguno del Estado en el sentido indicado, sería necesario el reclamo como requisito previo a la demanda, a menos que se pudiera sostener que en los hechos el procedimiento sería en verdad ritualismo inútil de ineficacia cierta (anterior inc. *e*), o que se reclamare la reparación del perjuicio ocasionado (anterior inc. *d*, primera parte).

Ahora en cambio, del nuevo texto legal que ha derogado el anterior inc. *d*) segunda y tercera partes, cabría concluir apriorísticamente que es necesario interponer el reclamo administrativo previo antes de la demanda, a menos que se reclamaren los daños y perjuicios conforme el nuevo inc. *b*) del art. 32. Seguimos sosteniendo que si se prueba —en la medida ya explicada— que la reclamación previa sería en verdad un ritualismo inútil, los tribunales no podrían negarse

⁷⁷ Ver la aclaración semántica de la nota precedente.

a dar curso a la demanda a pesar del nuevo texto legal. Prueba de ello son los fallos *Ramos, Castillo y Gilardone*.⁷⁸

10.4.3. *Otras acciones o prestaciones omitidas por el Estado*⁷⁹

Si se quiere demandar del Estado una conducta positiva que éste se abstiene de realizar y que no es el pago de sumas de dinero, p. ej. si se quiere demandar para obligar al Estado a realizar una obra pública, prestar un servicio, etc. y no hay acto administrativo particular o general pronunciándose en sentido adverso, entonces sí podría ser necesario el reclamo.

En el régimen anterior esta solución se invertía enseguida que se analizaba: no hacía entonces falta el reclamo si mediaba de parte del Estado una “clara conducta que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento,” tal como expresaba el anterior inc. e) del art. 32. En materia de realización de prestaciones positivas, en muchos casos la propia inercia administrativa en omitir realizar cierto tipo de prestaciones, podía en los casos ocurrentes ser prueba suficiente de que de reclamárselo el particular estaríamos ante un *ritualismo inútil*⁸⁰ que por el inc. e) tornaba también superfluo el reclamo administrativo previo.

Entonces, si se quisiera demandar al Estado por el incumplimiento de sus planes, no habiendo actos administrativos de por medio, ¿qué otra muestra que el mismo incumplimiento del Estado se quiere para poder demostrar fuera de toda duda que existe una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento de reclamo?

A su vez y al igual que en el caso anterior, si el particular que reclama del Estado la realización de determinada prestación por éste omitida, incluye también como rubro de la demanda la reparación de los perjuicios que esa omisión ocasiona, el elemento indemnizatorio de la demanda, que no requiere reclamo previo, tiene para nosotros fuerza atractiva o de expansión suficiente como para excluir el resto del juicio de la misma necesidad.

Desde un punto de vista profesional y para depurar al procedimiento administrativo y jurisdiccional de lo que cada vez más parece una rémora,⁸¹ sugerimos que en toda demanda de esta naturaleza se incluya expresamente el rubro indemnizatorio, lo cual no es un absurdo en modo alguno, pues si el particular se considera con derecho a determinada conducta que el Estado ha omitido, entonces es obvio que esa omisión algún perjuicio necesariamente le causa en sentido jurídico. Cumplido ese recaudo, parecería que en materia de acciones o prestaciones omitidas por el Estado, tampoco hará entonces falta el reclamo previo. Por supuesto, la inestabilidad normativa y jurisprudencial en que oscila

⁷⁸ Ver *supra*, § 4, “El sistema actual” y sus notas.

⁷⁹ Pueden verse otros casos de inexigibilidad en MAIRAL, *op. cit.*, p. 362.

⁸⁰ Ver, *supra*, § 10.3.6, “Ritualismo inútil.”

⁸¹ Máxime habiendo un sistema de recursos contra los actos administrativos y no existiendo mecanismos idóneos contra las omisiones de la administración.

siempre esta materia específica impide tener certezas absolutas y obliga a estar atento a los vaivenes de la jurisprudencia de los tribunales ante los cuales se actúa.

11. *La regla: ¿inexigibilidad o exigibilidad del reclamo administrativo previo?*⁸²

Antes de la ley 25.344 hemos sostenido que no hacía falta el reclamo por actos, ni tampoco por hechos, que igualmente no era necesario en caso de silencio y que en materia de omisiones el conjunto de excepciones expresas e implícitas cubría el total de posibilidades existentes, llegábamos a la conclusión, de *lege lata* y no de *lege ferenda*, de que *nunca* era exigible el reclamo administrativo previo para demandar a la Nación o a sus entes autárquicos. Actualmente, debemos concluir que estas excepciones de jerarquía constitucional no pueden ser derogadas por una norma de rango inferior y es en este caso misión de los tribunales, parafraseando a HOLMES, decir lo que el derecho es.⁸³ Claro que son tantas las demandas que la sociedad civil viene pidiendo a la Corte Suprema, ante la insensibilidad o directamente voluntad antidemocrática de los otros poderes, que cabe honestamente preguntarse cuánto podrá hacer al respecto.⁸⁴ Ta vez haya llegado el momento en que los particulares hagan sentir a sus diputados y senadores su instisfacción por el desempeño de sus funciones, so pena de consagrar un cada vez más débil Estado de Derecho que no sólo nos perjudica en el derecho interno sino también en el concierto de las naciones civilizadas.⁸⁵

12. *El uso optativo del reclamo*

A la luz del régimen anterior existían fundamentos para analizar una cuestión que viene de antaño debatida: Si el particular, en los casos en que la ley no le exige el reclamo previo, puede de todos modos intentarlo, por supuesto que con el alcance de que esto suspende los plazos de prescripción y caducidad para iniciar

⁸² Ver respecto a la CABA: GORDILLO y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed., p. 311 y ss.

⁸³ Ver § 4, "El sistema actual." En la Prov. de Buenos Aires la modificación de la ley 13.101 ha regresado, lamentablemente, al clásico sistema ambiguo que se advierte en su art. 14. Esta contrarreforma es parte del proceso que explicamos en "Administrar sin justicia," *RAP Provincia de Buenos Aires*, 1/1: 11-25, año 2003. MILANTA, CLAUDIA A. M., "Proyección de la tutela judicial en materia administrativa. La fuerza normativa de la Constitución en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del año 2002/2003," en BOTASSI (dir.), *Temas...*, op. cit., pp. 451-79.

⁸⁴ "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?" *LL*, 2005-A, 905-921.

⁸⁵ Este estado de cosas, que se refleja en nuestro actuar internacional, ha llevado a algunos países del G-20 a oponerse a nuestra continuación en el grupo, dado nuestro incumplimiento de la revisión del art. IV por el FMI que votamos junto a los demás países y somos ya el único en incumplir; lo mismo cabe decir del informe adverso del GAFI, Grupo de Acción Financiera Internacional, al cual también pertenecemos pero cuyas normas igualmente no cumplimos. En el G-20 compartimos el ultimo escalón con Suráfrica, y este país ha ido avanzando por delante de nosotros en materia de reconocimiento y prestigio internacionales. El derecho interno y el derecho internacional van *pari pasu*, pues una de las condiciones de ser parte del orden global es ser un Estado de Derecho.

la acción judicial, como dispone el art. 1º, inc. e), ap. 9, del decreto-ley 19.549/72;⁸⁶ o, más aun, que después de vencido el plazo de caducidad puede intentar el reclamo y seguir luego la vía judicial. Bajo el sistema vigente antes de 1972 habíamos sostenido que el vencimiento de los plazos establecidos para interponer recursos no impedía posteriormente interponer la reclamación administrativa previa,⁸⁷ idea que recibió algunas adhesiones⁸⁸ y oposiciones.⁸⁹ Nuestra idea se encontraba, a nuestro entender, conforme al funcionamiento del sistema en la realidad administrativa y jurisprudencial de aquel entonces. Con el posterior sistema normativo expresó LINARES⁹⁰ que “si el particular así lo prefiere, puede utilizar directamente la vía del reclamo del artículo 30 en cuyo caso, ni tiene plazo de caducidad para hacerlo, ni tiene plazo de caducidad para demandar una vez sustanciado el reclamo, incluso, con denegatoria por silencio (artículo 31). El plazo de 90 días del artículo 25 está fijado para la vía recursiva solamente. Si se hubiera querido establecerlo también para el reclamo, máxime cuando antes no tenía termino de caducidad para demandar, se lo hubiera dicho en el artículo 30 y siguientes. Y no es procedente extender por analogía el del artículo 25 a la demanda del artículo 30 y siguientes.”⁹¹ En otras palabras, LINARES mantenía el criterio interpretativo que habíamos señalado anteriormente con referencia a la práctica del procedimiento administrativo. Con la *nueva* reforma esta situación se ve gravemente modificada, porque el nuevo art. 31 establece que luego de requerido el pronto despacho y transcurridos los 45 días, el particular podrá “iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción.” O sea, un retroceso en la defensa de los derechos frente a la administración y el acceso a la justicia.

⁸⁶ “Las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, los que se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de la caducidad.” Ampliar *infra*, § 19, “Suspensión, interrupción o remisión de plazos.” En el ámbito de la provincia de Buenos Aires ver OROZ, MIGUEL H. E., “La configuración del silencio y su incidencia en relación al cómputo del plazo para accionar en el marco del Código Procesal Administrativo bonaerense,” *LL*, 2006-F, 84, pp. 33-40: “Si se concluye que, por imperativo constitucional o como una derivación de la naturaleza de la pretensión, prima el principio de la demandabilidad directa, es forzoso aceptar que la mera circunstancia de acudir voluntariamente a la administración en procura de su derecho, esto en modo alguno le puede generar una situación más gravosa, que jamás se le presentaría si no lo hubiere efectuado.”

⁸⁷ *Procedimiento y recursos administrativos*, ed. 1964, pp. 212-3; ed. 1971, p. 493.

⁸⁸ ESCOLA, *Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, 1967, p. 476; *Tratado general...*, *op. cit.*, p. 398.

⁸⁹ PEARSON, *op. cit.*, p. 127.

⁹⁰ LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, cap. XVI, § 4, párr. 372, pp. 418-9; *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 27 y ss., pp. 31-2.

⁹¹ LINARES se remite aquí a su trabajo “Términos para recurrir a la justicia administrativa fijados por analogía,” *LL*, 54: 776. Véase, asimismo, MAIRAL, *op. cit.*, p. 357.

Así se ha dificultado el acceso a la jurisdicción.⁹² La norma le quita coherencia al sistema en oposición con la Constitución, pues los plazos del art. 25 constituyen un debilitamiento de la defensa de los particulares y dejan de satisfacer a la doctrina la idea de que los plazos de prescripción del Código Civil puedan ser dejados sin efecto por una norma local.⁹³ Esta interposición suspende los plazos conforme lo dispuesto por el art. 1º, inc. e), ap. 9, del decreto-ley 19.549/72. Si se sostuviera que allí donde no es *necesario* el reclamo previo, tampoco es *procedente* y que está vedado interponerlo en los casos en que la legislación no se lo exige, entonces habríamos llegado a la conclusión de que el reclamo administrativo previo *no existe*, a pesar de estar legislado en la ley ya que en ningún caso se debería ni se podría interponer. Si bien es atractiva la idea de eliminar las instituciones superfluas de que está aquejado el derecho administrativo,⁹⁴ creemos que la conclusión en este caso sería prematura. Lo cierto es que el legislador le ha dedicado los suficientes artículos y la suficiente atención como para no poder llegarse sin más a la conclusión de que en verdad ha legislado una suerte de espiral de humo. Entendemos, más bien, que la única interpretación que le deja una razonable posición al reclamo considerado, es precisamente aquella que adelantó entre otros LINARES, en el sentido de que ha de estimarse que la intención del legislador fue la de permitir al particular usarlo en los casos en que él no le está exigido. No se trata de una suposición aventurada, pues era la solución vigente antes del decreto-ley y esa solución mereció la adhesión expresa precisamente de uno de los autores del proyecto luego sancionado.⁹⁵

⁹² Ampliar en CAMPOLIETI, FEDERICO, “El silencio administrativo frente a los plazos de caducidad,” *LL*, 2006-E, 284, nota a CNFed. CA, Sala II, *Seidel*, 30-V-2006; BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., “La defensa de los derechos de los particulares en la vía reclamatoria ante el silencio de la administración. Breve repaso a casi diez años de la controvertida reforma de la ley 25.344,” *LL*, 2009-F, 1136; BARBARÁN, JOSEFINA, “Una reforma que deja en ‘offside’ al administrado,” *LL*, 2006-E, 313; AMBROSINO, MARÍA SILVANA, “Amparo por mora y reclamo administrativo previo,” *LL*, 2006-F, 96.

⁹³ Se pronuncia en contra de la constitucionalidad de la ley de procedimiento administrativo nacional, por lesionar las normas de derecho común del Código Civil, CASSAGNE, “Acerca de la caducidad...,” *op. cit.*, p. 832: “Si del Código Civil fluye la determinación de los plazos de prescripción para las acciones, mal puede luego la legislación procesal (de carácter local) hacer ilusorio ese régimen mediante la institución de un plazo de caducidad al ejercicio de ese derecho de fondo. Si se piensa además que algunas de esas acciones son imprescriptibles (*v.gr.* las emergentes de un acto viciado de nulidad absoluta) sólo cabe aceptar la existencia de plazos de caducidad en la medida en que no afecten el sistema general de la prescripción consagrado en la legislación de fondo.” Es ésta también, de antaño, nuestra opinión. En cambio MARIENHOFF, “Demandas...,” *op. cit.*, p. 1030, se pronuncia a favor de la constitucionalidad del referido plazo de caducidad y sostiene además que el referido transcurso del plazo hace también perder el derecho a interponer el reclamo administrativo previo, la denuncia de ilegitimidad y el reclamo por daños y perjuicios (p. 1028), produciendo en consecuencia una total y absoluta pérdida de todo derecho.

⁹⁴ Como aquellas a que hemos dedicado en el t. 2 los caps. V, “El «poder de policía»,” VI, “Servicios públicos” y VIII, “Los «actos de gobierno».”

⁹⁵ ESCOLA, *Tratado general...*, *op. cit.*, p. 398: “Esta circunstancia le dá un valor preponderante para los administrados, ya que aun cuando hayan vencido los plazos previstos para interponer otros recursos, siempre será procedente esta reclamación, salvo que se hubiera producido la prescripción, según las normas de derecho común, de la acción.”

Ahora bien, el nuevo texto legal aplica el plazo de caducidad del art. 25 una vez transcurridos los 45 días de requerido el pronto despacho. De esta manera el decreto-ley impide al particular ejercer el reclamo previo y luego de este recaudo acudir a la justicia, una vez transcurrido el plazo de caducidad. Y a esto debe sumarse que según el nuevo art. 31 los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los arts. 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el art. 25 y en el mencionado art. 31, consagrando así legislativamente la doctrina de los casos *Gorordo*⁹⁶ y *Romero*.⁹⁷

La tesis que admite la opción ha recibido algunas coincidencias⁹⁸ y algunas discrepancias,⁹⁹ que aun antes de esta nueva reforma preferían considerar que la ley había querido cerrar al particular la posibilidad de impugnar los actos de la administración una vez transcurridos los plazos del art. 25. Su argumentación es seria y tiene cierto sustento en estas normas, pero en cambio no se compadece con el principio superior de la garantía constitucional de la defensa en juicio, que a nuestro juicio quita sustento ético-político y por ende fundamento normativo, a soluciones de esta índole. Tampoco se compadece con el nuevo texto constitucional que amplía la tutela judicial no sólo a los derechos subjetivos sino también a los derechos de incidencia colectiva, lo cual sugiere una mayor defensa del usuario y administrado, no menor.

Por eso, el nuevo texto realiza un retroceso legislativo que no puede menos que reprocharse de inconstitucional: Para el particular, plazos breves y severos, perentorios, insoslayables por interpretación alguna; para el Estado, solamente plazos de prescripción (art. 27),¹⁰⁰ lo que puede significar, en el caso de los actos

⁹⁶ *LL*, 1999-E, 186.

⁹⁷ *LL*, 1999-E, 140.

⁹⁸ HALPERÍN, DAVID ANDRÉS y CATTANI, HORACIO R., "Procedimiento administrativo," *RAP*, 6: 12, 15, § III.2 (Buenos Aires, 1979); DE ESTRADA, JUAN RAMÓN, "Juicios contra el Estado nacional. Plazos para interponer acciones o recursos," *JA*, 1977-III, 689, 694.

⁹⁹ MUÑOZ, "Naturaleza...", *op. cit.*, p. 42, quien recuerda también que la tesis criticada fue expuesta por nosotros a poco de aparecido el decreto-ley. MUÑOZ advierte, por cierto, la naturaleza política de fondo de la discusión, por encima de los argumentos formales, *op. cit.*, pp. 44-5; PEARSON, MARCELO M., "Impugnación judicial de la actividad de la administración pública nacional (una tercera posición en el problema que plantea el art. 25 del decreto ley 19.549)," *LL*, 154: 1028 y ss.; "Reclamos administrativos; otras vías administrativas," *ED*, 66: 752, *Manual...*, *op. cit.*, p. 126 y ss., quien sin embargo propugna que el particular pueda, aun vencido el plazo de caducidad, reclamar no ya la invalidez del acto sino la indemnización de los perjuicios que éste le haya ocasionado, p. 128, lo cual nos parece contradictorio: uno de los presupuestos de la responsabilidad civil es la ilicitud de la conducta lesiva y mal podría argumentarse que pueda responsabilizarse al Estado (salvo el supuesto, que es otro, de responsabilidad por actos legítimos) declarando en una sede la ilicitud de un acto que en cambio en otra sede se consideraría válido e inimpugnable; FIORINI, *Derecho administrativo*, t. II, 1976, 2ª ed., pp. 616-8, aunque excluye a los actos viciados de nulidad absoluta; GONZÁLEZ ARZAC, *op. cit.*; SILVESTRI y GONZÁLEZ ARZAC, "La instancia...", *op. cit.*, p. 768; MARIENHOFF, "Demandas...", *op. cit.*

¹⁰⁰ Existen opiniones favorables genéricamente a la desigualdad: CASSAGNE, *Ley...*, *op. cit.*, p. 5, último párrafo.

nulos, y según cierta doctrina, imprescriptibilidad de la acción,¹⁰¹ postura por demás inadmisibles a la luz de la seguridad que se requiere en las relaciones jurídicas. No se trata solamente de la lesión al principio de igualdad, ni tampoco de una supuesta desigualdad procesal,¹⁰² sino que resulta que el mismo acto es para el Estado impugnables, y para el particular destinatario inimpugnables. Un verdadero sinsentido que coloca en cabeza de la administración un privilegio más.

¿Es admisible que un mismo acto, incluso un acto que el intérprete no vacila en calificar de manifiestamente nulo, sea para el particular inimpugnables, firme y definitivo y para el Estado impugnables *sine die* y por tanto también revocable *sine die* en determinados supuestos (art. 17)?

A nuestro juicio no puede, a la luz de principios elementales de justicia, interpretarse que el derecho pueda ser cierto sólo en apariencia para los particulares, pero en cambio absolutamente incierto y mutable para los gobiernos, habilitados para cuestionar, a su arbitrio, la validez de actos que les está en cambio vedado a los individuos discutir: eso no es propio de un Estado de Derecho. Algo de esto ya ha dicho la Corte Suprema en el caso *Carman de Cantón*, en 1936, cuando cuidó precisamente de proteger al individuo contra tales sempiternas vocaciones de inestabilidad de las administraciones,¹⁰³ frecuentemente con apoyo legislativo, culpa de no tener un sistema parlamentario sino cesarista. Pero también responsabilidad fundamental de la doctrina autoritaria que tanto ha hecho carne en nuestro país, disfrazándose bajo la pretendida piel de cordero de invocar el interés público.¹⁰⁴

No es que sostengamos que deban aportarse soluciones exactamente iguales para el particular y el Estado en materia de plazos de impugnación de los actos administrativos, sino que el nuevo texto legal sobre este punto lleva a diferencias exageradas y disvaliosas,¹⁰⁵ a una real asistematicidad del conjunto normativo. Por eso, nos inclinamos por la primer solución expresada, por el mayor fundamento jurídico-político que ella tiene, por su mayor conformidad a la Constitución nacional y por su mayor lógica interna y razonabilidad de fondo.

13. *Contra qué actos procede*

En el régimen anterior a 1972 era clara la solución de que la reclamación administrativa previa era el más amplio y generoso de los remedios administrativos

¹⁰¹ Así p. ej. GONZÁLEZ ARZAC, *op. cit.*, § 14 y 20, pp. 957-9, que interpreta el sistema como dando al Estado, pero negando al particular, la acción para impugnar los actos manifiestamente nulos.

¹⁰² Que también la hay, por supuesto, pero siempre puede argumentarse que no tiene por qué no haberla, como lo tiene resuelto la Corte Suprema. Ver sin embargo, lo que dice este tribunal en el fallo transcripto *infra*, § 18, "Requerimiento de pronto despacho."

¹⁰³ Fallos, 175: 368, reproducido en *El acto administrativo*, 1969, p. 159 y ss., esp. § 5.

¹⁰⁴ Son otros más de los muchos mitos y fantasías, ilusiones y utopías, que denuncian BONINA y DIANA, *op. cit.*, p. 1037, por promover a su juicio "La vigencia del principio de ilegalidad."

¹⁰⁵ Diferencias exageradas como la que la Corte declaró inconstitucional en el caso *Galián* de 1978, *infra*, § 18, "Requerimiento de pronto despacho."

entonces existentes: podía reclamarse contra cualquier acto, hecho u omisión proveniente de un órgano estatal.¹⁰⁶

En el sistema actual, aclarado en los párrafos precedentes que no es que el reclamo no sea procedente en los diversos supuestos analizados, sino que no es necesario,¹⁰⁷ fluye la respuesta: También ahora puede impugnarse mediante este reclamo, leyendo *a contrario sensu* el actual art. 30, cualquier conducta administrativa, sea acto, hecho u omisión. El contexto ha mejorado, en la misma medida en que ha mejorado el control judicial de la administración pública. No compartimos por ello la opinión de quienes consideran que el reclamo es improcedente para impugnar actos administrativos y que serviría, p. ej. sólo para reclamar las consecuencias patrimoniales del acto.¹⁰⁸

Pensamos que en nuestro sistema, que no tiene la división francesa de jurisdicción judicial y contenciosoadministrativa, no existe razón para limitar la procedencia amplia del reclamo ni en sede administrativa ni luego en sede judicial. En sede administrativa, bien se comprende que no tendría sentido admitir el reclamo del particular pero negar a la administración el deber y la potestad de revisar la legitimidad de su acto y revocarlo o modificarlo si entiende que es contrario a derecho: No sería en verdad congruente ni fundado en nuestro derecho.

Por lo que hace a la justicia, la situación es la misma. Si se admite que el particular puede acudir a la instancia judicial, no tendría a nuestro juicio fundamento suficiente la idea de que el juez pudiera sólo entender de la reparación patrimonial, sin pronunciarse también sobre la ilegitimidad de la conducta, anulándola si corresponde.¹⁰⁹

Por lo demás, uno de los presupuestos de la responsabilidad del Estado, a menos que hablemos de la responsabilidad por acto legítimo o por riesgo, es precisamente la ilicitud de la conducta, de modo tal que también por este lado difícilmente podría funcionar un sistema como el propuesto.¹¹⁰ Reiteramos entonces nuestro concepto de que el reclamo administrativo previo procede contra toda clase de actos, hechos u omisiones, con las aclaraciones que fluyen de los párrafos precedentes.

¹⁰⁶ Lo dijimos en “La reclamación...,” *ED*, 6: 1066 y en *Procedimiento y recursos administrativos*, 1964, *op. cit.*, pp. 211-2; 1971, p. 492. Conf. FIORINI, *Qué es el contencioso*, *op. cit.*, p. 129 y *Manual de Derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, p. 1079; comp. *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., pp. 467-651.

¹⁰⁷ En contra COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario al art. 23, § 5.1, p. 442, quien opina que las excepciones deben interpretarse restrictivamente y que: “La obligación de agotar la vía administrativa [...] significa una afirmación de la importancia del procedimiento administrativo como instrumento de protección de los derechos particulares y, simultáneamente, como medio de autocontrol administrativo de la legalidad y eficacia de su accionar.”

¹⁰⁸ PEARSON, *Manual...*, *op. cit.*, p. 128; comp. DE ESTRADA, *Juicios contra el Estado nacional*, *op. cit.*, p. 695.

¹⁰⁹ En el orden nacional en que rige por ahora el CPCCN y en que no hay Código Procesal Administrativo, no puede distinguirse como lo hace PEARSON, *op. cit.*, p. 128, siguiendo un *dictum* de la CSJN, entre “acción procesal administrativa” y “acción procesal civil y comercial.”

¹¹⁰ Ver *supra*, t. 2, cap. XX, § 4, “La responsabilidad civil en general” y ss. y sus remisiones.

14. *Legitimación*

En el régimen anterior habíamos expresado que, dado que la reclamación administrativa previa existía teóricamente con referencia a una eventual contienda judicial, parecería ser que sólo podía reclamarse en sede administrativa respecto de un derecho que a su vez estuviera protegido por la posibilidad de ocurrir a la justicia: esto es, un derecho subjetivo y no un interés legítimo, en el orden nacional.¹¹¹ Esta interpretación suscitó coincidencias¹¹² y discrepancias.¹¹³ El decreto-ley 19.549/72, mantenido en este punto por la redacción del decreto-ley 21.686/77 y por la nueva de la ley 25.344 se ha inclinado por la tesis mencionada en primer lugar, al establecer en el art. 30 que “El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial.” También corresponde advertir que no es pacífica la opinión de los que entienden que en el estado actual de la legislación no existe en el orden nacional tutela de los intereses legítimos: GRAU sostiene que se encuentran legitimados para interponer el previo reclamo administrativo también los titulares de intereses legítimos.¹¹⁴ Sin perjuicio de ello, cabe destacar que está reconocido el acceso a la jurisdicción a través de los derechos de incidencia colectiva, con lo que la legitimación para el reclamo administrativo previo se ve ampliada respecto de este punto, claro está que con carácter optativo y no como exigencia para abrir la vía judicial. De cualquier manera mantenemos la opinión de que debe darse en lo posible una interpretación extensiva a la procedencia del reclamo como medio optativo de impugnación, también en este aspecto.

15. *Motivos de impugnación*

Sostiene GRAU que el reclamo administrativo previo permite la alegación de motivos de oportunidad o mérito por parte de un sujeto público,¹¹⁵ lo cual plantea un interesante problema: si la administración puede y esto parece claro, resolver el reclamo previo invocando no sólo motivos de legitimidad sino también motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, ¿por qué no habrá de poder hacerlo el particular? La primera objeción vendría de la propia norma en cuanto requiere que “El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial,” pero ha de advertirse que esto no es en verdad un escollo, a menos que la pretensión se funde sólo en motivos de oportunidad, lo que haría sí improcedente la demanda. Pero en la medida que se advierte que

¹¹¹ *La reclamación...*, op. cit.; *Procedimiento...*, ed. 1964, op. cit., p. 212; ed. 1971, p. 492.

¹¹² FIORINI, *Qué es el contencioso*, op. cit.; *Manual...*, t. II, op. cit., p. 1079.

¹¹³ ESCOLA, *Tratado general...*, op. cit., p. 399: “Estimamos que este criterio restrictivo es improcedente, por cuanto la administración debe limitarse a tramitar la reclamación, sin abrir juicio sobre si procede o no la ulterior acción judicial, ya que ello será considerado y resuelto a su debido tiempo, por el tribunal competente.”

¹¹⁴ GRAU, “Reclamación...” op. cit., p. 185. TAWIL, op. cit., p. 157; comparte su opinión COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., comentario a los arts. 30 a 32, § 9.3.4, p. 508.

¹¹⁵ GRAU, op. cit., p. 186.

una demanda judicial puede invocar no sólo argumentos de derecho, sino también argumentos de conveniencia o interés público, sin ser por ello improcedente, lo mismo puede ser aplicable al reclamo previo a la demanda.

A ello cabe agregar que la limitación normativa no se refiere en verdad a los fundamentos jurídicos y extrajurídicos de la pretensión, sino a su contenido fáctico y a los derechos de fondo reclamados. Asimismo, cuando la disposición exige que el reclamo verse “sobre los mismos hechos y derechos” que luego se invocarán en la demanda, no está exigiendo una coincidencia matemática. El propio principio de oficialidad, que permite a la administración indagar en los hechos aplicando el derecho, incluso apelando al *jura novit curia*, torna insustancial esa limitación.¹¹⁶ Por de pronto, entendemos que si el particular, convencido en parte por la decisión administrativa expresa o tácita en contra de su reclamo, decide iniciar la demanda por menos cuestiones que las reclamadas administrativamente, la demanda no por ello tendrá vicio procesal alguno. Y si el particular, en lugar o además de demandar por menos cuestiones, decide también iniciar la demanda invocando menos argumentos, la cuestión es la misma.

Como la ulterior demanda se encuentra ubicada inciertamente en el futuro, mal podría la administración entrar en sede administrativa a considerar si los argumentos y motivos del particular los incluirá o no y podrá o no incluir, en la instancia judicial. Como decía ESCOLA refiriéndose a otra cuestión, “ello será considerado y resuelto, a su debido tiempo, por el tribunal competente.”¹¹⁷

16. Término para interponerlo

Las normas de la ley 3.952 habían mantenido el principio de que no existía plazo para su interposición,¹¹⁸ salvo el de la prescripción de la acción.¹¹⁹ La ley 25.344 no ha alterado, en este punto, la tradición de la ley 3.952 y su interpretación pacífica. Creemos que esta es la solución más conveniente para la protección de los derechos del individuo.¹²⁰

17. Ante quién se interpone

El nuevo texto legal establece que la reclamación se dirige al ministerio o secretaría de Estado competente, secretaría de la Presidencia o autoridad superior

¹¹⁶ Ampliar en GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, p. 480 y ss.

¹¹⁷ ESCOLA, *Tratado general...*, *op. cit.*, p. 399.

¹¹⁸ Como dice PEARSON, *Manual de procedimiento...*, *op. cit.*, p. 130, “La ley no fija el plazo y es fácil comprenderlo. No hay aquí una laguna del derecho; sencillamente el reclamo no se encuentra sujeto a plazo.” En la p. 127 transcribe y critica nuestra posición referida al régimen anterior en materia de plazos, lo que deja algún margen de dudas sobre su concepto. Tal vez la explicación sea la distinción que formula PEARSON en el sentido de que a su juicio el reclamo sirve sólo para discutir los efectos civiles del acto, pero no para impugnar el acto mismo.

¹¹⁹ En igual sentido, COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 30 a 32, § 9.3.1, p. 507 y nota 1980.

¹²⁰ PTN, *Dictámenes*, 169: 217; dictamen 192/92; B.O., 11-XI-92, 2ª sección, p. 25.

del ente descentralizado. Antes de ahora sostuvimos, en un criterio similar, que la reclamación administrativa previa se podía presentar indistintamente en el ministerio del ramo,¹²¹ secretaría de Estado o entidad descentralizada respectiva. El trámite del reclamo administrativo corresponde que sea hecho en la Secretaría de Estado, como norma.¹²² Sobre esto nada dicen los decretos-leyes y aunque las normas reglamentarias en los recursos jerárquico y de alzada parecen indicar que el trámite se hace en el Ministerio respectivo,¹²³ de todos modos entendemos que la necesidad y la organización administrativas llevarán ineluctablemente a tramitarlo en las secretarías de Estado, para su posterior elevación al ministro del ramo, o autoridad superior del ente descentralizado, a fin de que emita la resolución.¹²⁴ La problemática a este respecto es la misma que explicamos a propósito del recurso jerárquico.¹²⁵

18. *Requerimiento de pronto despacho*

Al igual que en el régimen anterior, el transcurso del plazo fijado —noventa días—¹²⁶ a partir del cual se puede requerir pronto despacho, habilita a hacerlo en cualquier momento, pues no existe plazo para ejercer ese derecho.

Esta solución tiene sustento constitucional, como lo resolvió la Corte Suprema *in re Galián*,¹²⁷ al declarar inconstitucional el art. 44 del Código Contencioso-Administrativo de Corrientes,¹²⁸ que obligaba a urgir el procedimiento administrativo dentro de un plazo determinado a partir del silencio administrativo.

Dijo la Corte Suprema: “La regulación legislativa y reglamentaria referida al silencio administrativo debe evitar que por tal actitud los particulares queden fuera de la protección jurisdiccional, en situación de indefensión. Frente a la inercia del órgano, la vía de la ficción legal no puede utilizarse hasta aniquilar los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados.”

“Conforme con los principios generales que rigen la materia, el recurrente concurre como colaborador en la elaboración de la decisión administrativa aun

¹²¹ Comparar MAIRAL, *op. cit.*, p. 357.

¹²² La excepción sería el caso en que se impugnen actos o conductas de los secretarios de Estado, en que entendemos corresponde el trámite directamente ante el Ministerio; ver sin embargo el desarrollo de este punto en el cap. X, § 12, “Ante quién se tramita el recurso.”

¹²³ Arts. 92 y 98.

¹²⁴ Como lo tiene resuelto de antaño la PTN, *Dictámenes*, 68: 153; 71: 161.

¹²⁵ Ver *supra*, cap. X, “El recurso jerárquico,” § 12, “Ante quién se tramita el recurso.”

¹²⁶ Plazo exagerado, en opinión de CANOSA, “Influencia...,” *op. cit.*, cap. 3, A).

¹²⁷ CSJN, *Fallos*, 300: 1292, *Edgar Galián v. Provincia de Corrientes*, 26-XII-1978.

¹²⁸ Art. 41: “Si transcurridos cuarenta y cinco días desde aquél en que se interpuso el recurso no recae resolución favorable para el particular, éste deberá urgir el procedimiento si desea mantener aquél.” Art. 42.- “El urgimiento se presentará ante el órgano superior del Poder de que se trate, con copia del escrito mediante el cual se interpuso el recurso.” Art. 44.- “Se considerará que hay renuncia a las acciones y recursos previstos en ésta ley, si no se promueve la reclamación a que aquéllas se refieren, dentro del plazo previsto en el artículo 37 como así si dentro de los diez días posteriores al vencimiento del plazo a que se refiere el artículo 41), el urgimiento que el mismo establece no es presentado.”

cuando defiende sus derechos subjetivos, por lo que predominan las reglas de informalismo y la impulsión de oficio.”

“Además, la buena fe, la lealtad y la probidad que deben caracterizar todo proceso y la actividad de las partes en él, determinan que las normas adjetivas regulatorias de la conducta de las mismas no contengan exigencias contrarias a tales principios.”

“7º) Que, por tanto, resulta irrazonable que mediando una manifestación inequívoca y expresa del recurrente impugnando un acto o decisión de la Administración, suficiente para determinar la medida y el alcance de su reclamo, se presuma por vía legal su renuncia, cuando el órgano no cumple con su obligación de resolver dentro del plazo y el interesado no urge la decisión. En efecto, atribuir a esa renuncia por el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo al hecho de no haber urgido el procedimiento ante el silencio del órgano, no guarda coherencia con las reglas generales del procedimiento, premia la actitud negligente de la Administración, importa un trato desigual no razonable de los sujetos de la relación de derecho público y atenta contra la garantía de la defensa establecida en el artículo 18 de la Constitución Nacional.”

“8º) Que la presunción legal que impide al interesado ejercer sus pretensiones en un nuevo expediente, no tiene significado meramente procesal sino que afecta los derechos sustanciales; aunque se hable de «renuncia de acciones y recursos» se trata realmente de una renuncia de derechos que la norma presume como consecuencia del incumplimiento por parte del particular de su obligación de instar el pronunciamiento de la Administración, sanción de injustificado rigor que estimula la negligencia de la misma.”

“Lo dicho lleva a concluir que el artículo 44 de la ley 2943 en cuanto no se limita a regular el ejercicio de la acción procesal, sino que yendo más allá arbitra un modo de extinción de la acción y del derecho, cuando el particular no inste la decisión del órgano dentro de los diez días de vencido el plazo para que aquél se pronunciara, es inconstitucional dado su disconformidad con los artículos 16 y 18 de la Ley Fundamental.”

Volviendo al decreto-ley nacional, a la luz de tales principios resulta clara la solución según la cual él no establece un plazo dentro del cual, una vez transcurrido los noventa días iniciales, *deba* presentarse el pedido de pronto despacho; de allí que sea optativo para el particular presentarlo inmediatamente, o bien dejar transcurrir el tiempo antes de instar definitivamente a la administración para que decida o deje abierta la vía judicial por denegación tácita.¹²⁹

¹²⁹ MAIRAL, *op. cit.*, p. 357, afirma, sin embargo, que si el pedido de pronto despacho se efectúa antes de vencido el plazo inicial de 90 días, podría tenerse por no habilitada la instancia, por analogía con lo resuelto respecto del silencio administrativo por la CNFed. CA., Sala II, *Kannonnikoff, ED*, 65: 182, año 1975.

La ley “de emergencia”¹³⁰ 25.344 no ha alterado, en este aspecto, la normativa anterior. Cabe así decir que es éste un punto al menos en que la ley no ha producido un retroceso desde el punto de vista procesal, porque no se obliga al administrado a acelerar innecesariamente el desenlace en sede administrativa y a ocurrir obligadamente a la vía judicial, dejando de lado la administrativa. Si el particular no tiene urgencia, o hay razones que justifiquen la lentitud del procedimiento administrativo, puede él reservarse para más adelante el pedido de pronto despacho y continuar con el trámite administrativo mientras tanto. Pero no deja de ser lamentable que haya que escudriñar cómo defenderse frente a la ley, en lugar de que la ley nos ayude en forma simple y clara a defender nuestros derechos frente a la administración. Quizás esto no deba ser motivo de sorpresa, después de todo, si se tiene en cuenta que se trata de uno más de los infinitos casos en que estamos ante un proyecto del Poder Ejecutivo que el Poder Legislativo se limita a aprobar.¹³¹

18.1. *El pronto despacho y la aplicación del plazo del art. 25 para iniciar la demanda judicial.*

El nuevo art. 31 de acuerdo a la ley 25.344¹³² modifica lo que también constituía un derecho del administrado respecto del plazo para interponer la demanda judicial luego de requerido el pronto despacho.¹³³ Establece que luego de interpuesto el pronto despacho y transcurridos los 45 días “podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción.” Se intenta que el particular pierda el acceso a la justicia en virtud de un

¹³⁰ Que por cierto, en lo que hace a la regulación del procedimiento administrativo y acceso a la vía judicial, nada tiene que ver con la emergencia. Si bien no somos optimistas, en buen derecho correspondería declararla inconstitucional, porque la emergencia es perpetua y no se arregla sino que se empeora haciendo retroceder el Estado de Derecho. Ver nuestro trabajo “Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality,” en prensa.

¹³¹ Ver nuestro art. “La constitucionalidad...”, *RPA*, 2006-2: 59-104; PÉREZ HUALDE, “La postergación...”, *op. loc. cit.*

¹³² Art. 31: “El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente. La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa. Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente.”

¹³³ Acerca de interponer un amparo por mora luego de un pedido de pronto despacho en un reclamo administrativo ver *Seidel*, CNFed. CA, Sala II, 2006, con nota de AMBROSINO, “Amparo por mora y reclamo administrativo previo,” *op. cit.*

plazo computado de manera implícita y sin notificación expresa alguna.¹³⁴ Ello contraviene la Constitución nacional y la jurisprudencia de la CSJN en los casos *Galián y Fundación Universidad de Belgrano*.¹³⁵ Por ello el plazo de caducidad sólo se puede aplica cuando el reclamo es resuelto en forma expresa.¹³⁶ Tras la reforma de la ley 25.344, el art. 31 determina que vencido el término para que la administración resuelva tras el pronto despacho, comienza a correr automáticamente el plazo contemplado en el art. 25. Es decir, se pretende hacer correr de pleno derecho un plazo para demandar una vez que la administración ha guardado silencio ante el reclamo deducido. Hemos siempre recordado la doctrina y jurisprudencia que descalifican por irrazonable e inconstitucional esta solución, lo que es virtualmente unánime.¹³⁷ Por ello, y ante la reedición de la cuestión a nivel nacional, muchos han puesto en duda el real alcance que tiene la mención del art. 25 en el nuevo art. 31, que hemos calificado de inviable jurisdiccionalmente, en atención a la Constitución y también a la garantía supranacional de acceso pleno e irrestricto a la revisión judicial.¹³⁸

Cuesta creer que esto provenga de un gobierno electivo; sirve para demostrar que no basta con que haya elecciones, debe haber también Estado de Derecho.

En una variante, se ha sostenido que el plazo para demandar sólo es aplicable cuando se resuelve un recurso o un reclamo pero no cuando media silencio;¹³⁹ en otra que el legislador impuso un plazo para demandar tras el silencio de la administración y que esta regulación es inconstitucional.¹⁴⁰

¹³⁴ CAMPOLIETI, "El silencio administrativo frente a los plazos de caducidad," *op. cit.*, quien concluye que "el silencio administrativo denegatorio no puede operar sin la voluntad del administrado en ese sentido, lo que no puede presumirse a partir de la interposición de una mera solicitud de pronto despacho de las actuaciones. Por lo tanto, el silencio administrativo no es susceptible de configurarse por disposición legal y permitir la automática aplicación del plazo de caducidad." Ver también las demás referencias de BRUNO DOS SANTOS, *op. loc.cit.*

¹³⁵ PERRINO, "Silencio administrativo y tutela judicial efectiva," en BOTASSI (dir.), *Temas...*, *op. cit.*

¹³⁶ USLENGHI, ALEJANDRO, "Algunas consideraciones en torno a la reforma del proceso administrativo," *Revista de Derecho Público*, 2003-2: 29, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003. En contra BUJÁN, NÉSTOR, "Reflexiones sobre los requisitos procesales de admisibilidad de la pretensión administrativa y la habilitación de la instancia judicial a la luz de las reformas de la ley 25.344," en *Revista de Derecho Público*, 2003-2: 77.

¹³⁷ Además de los autores ya citados ver también, entre otros, MUÑOZ, *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Buenos Aires, Astrea, 1982.

¹³⁸ Ver análisis doctrinal y jurisprudencial a partir del dictado de la ley 25.344 en BRUNO DOS SANTOS, *op. cit.*, pp. 2-6.

¹³⁹ PERRINO, "La inactividad administrativa y su control judicial," *RAP*, 269: 79, Buenos Aires, 2001; GUSMÁN, ALFREDO S., Panorama del derecho procesal administrativo luego de la ley de emergencia económica, *EDA*, 30-VIII-02; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, "El control judicial de la función administrativa de los poderes legislativo y judicial," *ED*, 31-VII-02, p. 2, nota 9, ac. c); DIEZ, HORACIO P., "El plazo de caducidad para demandar al Estado," *AA.VV.*, *Control de la administración pública. Administrativo, legislativo y judicial*, Buenos Aires, Rap, 2003, pp. 229-50; USLENGHI, "Algunas consideraciones..." *op. cit.*

¹⁴⁰ CANOSA y MIHURA ESTRADA, GABRIEL, "La emergencia y una nueva degradación de la tutela judicial efectiva," *ED*, 190:732, calificación que reiterara CANOSA en *Las reformas al régimen de los juicios contra el Estado y la ley de emergencia económica*, Buenos Aires, Abaco, 2001; BUJÁN, "Reflexiones [...], *op. loc. cit.*; ZAMBRANO, *Silencio de la Administración...*, *op. loc. cit.*

Las razones para llegar a esta última conclusión no son pocas. Aplicar un plazo para demandar al Estado a computar desde el silencio de sus funcionarios resulta incongruente con el fundamento del plazo de caducidad y con el propio sistema constitucional. En ese sentido, el fundamento del plazo de caducidad del art. 25 es asegurar estabilidad a la gestión del bien común, función que justifica la existencia del Estado en sí mismo. Como se ha explicado, consagrar un plazo perentorio frente a la inactividad administrativa (y el silencio es una de sus manifestaciones) significa, nada menos, que el legislador entiende conveniente asegurar raudamente estabilidad a la ausencia del Estado en sí mismo, paradoja que es constitucionalmente inadmisibile.¹⁴¹

Por otro lado, y como ya lo comentáramos al analizar una norma similar incluida en la ley de presupuesto de 1995, quien ha reclamado pierde sus derechos sustanciales sin siquiera darse cuenta de ello, pues el plazo se hace correr desde un evento que no es fácil percibir por los sentidos, como lo es el silencio de la administración.¹⁴² A través de un complicado sistema de plazos encadenados no se asegura al particular la necesaria información para demandar. Si hasta para aplicar un simple plazo de prescripción se exige que el damnificado se encuentre en condiciones objetivas de apreciar adecuadamente los perjuicios que se le han provocado, resulta que un privilegio del Estado puede ser aplicado aun en un supuestos donde no existe nada en absoluto —ni nada por conocer—, como lo es el silencio del funcionario. Tal como se encuentra regulado el plazo, entonces, no se encuentran aseguradas las condiciones para ejercer el derecho de defensa en juicio.

Además, la aplicación del plazo viola la garantía contemplada en el art. XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Esta norma, de rango constitucional, determina que todo ciudadano tiene derecho a obtener una pronta respuesta a sus peticiones formuladas a las autoridades competentes. Una vez formulado un pronto despacho, 45 días después empieza a correr un plazo de 90 días hábiles judiciales para demandar al Estado. La garantía de obtener una pronta respuesta resulta violada porque ese último lapso será insuficiente para intentar un amparo por mora, lograr una sentencia confirmada por una Cámara de Apelaciones y luego hacer cumplir la condena por la administración; antes se habrá vencido aquel plazo que la jurisprudencia mayoritaria califica de “fatal” para los derechos reclamados. Finalmente, este plazo promueve la inactividad administrativa. Dado que el pronto despacho es el punto de partida para computar los plazos encadenados a los que ya se hizo referencia (primero 45 días y luego los 90 días para demandar), muchos recomiendan no denunciar

¹⁴¹ Conf. ZAMBRANO, “Reclamo administrativo previo, silencio de la administración y plazos de caducidad en un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema,” Buenos Aires, *JA*, Lexis Nexis, 2006. TOIA, LEONARDO, “El enigmático silencio en el reclamo previo,” *El Derecho - Suplemento de Derecho Administrativo*, 29-II-2008.

¹⁴² “Emergencia residual de la emergencia pública interna (La ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra el Estado previos a 1991),” *LL*, 1995-C, 839.

la mora de la administración. Por otro lado, si el pronto despacho es presentado, será ingenuo pensar que el funcionario resolverá, pues el art. 10 del decreto-ley 19.549/72 asigna un sentido negativo a su silencio, mientras que el art. 31 dará estabilidad a esa ficción legal.¹⁴³ El resultado: Mayor inactividad administrativa porque, por un lado, se sugiere no presentar un pronto despacho y, por el otro, las consecuencias que el legislador hace derivar de ese pedido llevarán a que los reclamos no sean resueltos. Como se advierte, aplicar un plazo para demandar para asegurar estabilidad al silencio de la administración es una solución irrazonable e inconstitucional; viola la defensa en juicio y el derecho a obtener una respuesta del Estado, profundiza el grave problema de la inactividad administrativa.

19. *Suspensión, interrupción o remisión de plazos*

Mientras tramita el reclamo administrativo y en tanto que no se produzca y declare en legal forma la caducidad de las actuaciones, los demás términos no continúan corriendo, en particular los de la prescripción de la acción: "Las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, los que se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de caducidad."¹⁴⁴ El decreto-ley viene así a corregir, respondiendo al reclamo de la doctrina, la criticable situación anterior en que el reclamo administrativo no interrumpía ni suspendía la prescripción de la acción,¹⁴⁵ salvo la suspensión de una vez por un año emergente del art. 3986 del Código Civil,¹⁴⁶ o la demanda al sólo efecto interruptivo de la prescripción.¹⁴⁷ Ahora bien, ¿se trata de interrupción o de suspensión de términos?¹⁴⁸ La Procuración del Tesoro de la Nación ha optado por enfatizar el vocablo "reinician" del ap. 9º y ha concluido por lo tanto en que al producirse la caducidad de las actuaciones,¹⁴⁹ los plazos vuelven a iniciarse íntegramente, no computándose por ello el tiempo transcu-

¹⁴³ Según SORIA, a la administración no le conviene resolver, *Reclamo administrativo previo...*, op. cit.

¹⁴⁴ Art. 1º, inc. e), ap. 9 del decreto-ley 19.549/72.

¹⁴⁵ Fallos, 103: 155, *Banco Constructor de La Plata*, 1905; 111: 65; 113: 194; 115: 395, *Bateman, Parsons y Bateman*, 1912; 118: 175, *Insúa Dorrego*, 1913; SPOTA, "Sentencias de condena contra la Nación: su ejecutoriedad," LL, 124: 1330; FIORINI, *Qué es...*, op. cit., p. 133. Esa jurisprudencia ha merecido críticas: NERVA, "La reclamación administrativa formal, aunque la ley no le atribuya expresamente efecto interruptivo de la prescripción," LL, 87: 725. Ver las reseñas de LL, 57: 704 y 56: 180; y *Procedimiento...*, ed. 1971, op. cit., pp. 290-1.

¹⁴⁶ "La prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio." "La prescripción liberatoria se *suspende* por una sola vez por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta *suspensión* sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiese corresponder a la prescripción de la acción."

¹⁴⁷ Lo explicamos en *Procedimiento...*, op. cit., ed. 1971, p. 495 y ss.; SPOTA, op. cit., p. 491.

¹⁴⁸ Acerca del estado actual de la doctrina local, véanse las sistematizaciones efectuadas por BIANCHI, op. cit., cap. II, B) y TAWIL, op. cit., p. 161 y sus respectivas citas.

¹⁴⁹ O la resolución expresa del reclamo, como aclaran HALPERÍN, DAVID ANDRÉS y CATTANI, HORACIO R., "Procedimiento administrativo," RAP, 6: 12, 17, Buenos Aires, 1979.

rrido antes de la interrupción, que se tendrá de tal manera como no ocurrido.¹⁵⁰ Creemos que es una solución adecuada y que se encuentra conforme a los viejos principios de que cuando el particular interpone un recurso de reconsideración y éste le es rechazado, la producción del nuevo acto, aun siendo reiteración del primero, abre el término completo de impugnación a partir de su notificación.¹⁵¹

20. Competencia para resolverlo

La tradición era requerir una decisión del Poder Ejecutivo,¹⁵² sin perjuicio que por control jerárquico, se podían revocar de oficio los actos impugnados.¹⁵³ La legislación fue evolucionando hacia la admisión de competencia a niveles inferiores del Presidente y así es que los recursos de alzada y jerárquico son resueltos por los ministros del ramo.¹⁵⁴ Lo mismo ocurre en la actualidad con el reclamo administrativo previo, que se puede delegar a los ministros según el art. 30 del decreto-ley 21.686/77. No se comprende por qué la delegación habría de ser autorizada sólo hasta el nivel de ministro; de acuerdo al art. 3° del decreto-ley, debiera ser permitir la delegación a cualquier órgano inferior, con el alcance de abrir la vía judicial. Ello, sin perjuicio de las atribuciones que tienen sus inferiores, de revocar por control jerárquico los actos impugnados. A partir de la modificación de la ley 25.344, lo que antes era una opción del administrado se ha transformado en una exigencia respecto de la interposición del reclamo ante las entidades autárquicas. Esta posibilidad de delegación que admiten las normas actuales ha sido criticada, afirmándose que “al permitir la delegación, desvirtúa [...] la misión conciliatoria del Estado. Creo que lo que debió o lo que debe hacer el intérprete de esta legislación, es asegurar la imparcialidad, [...] que] no se logra con la delegación [...] a contrario, [...] conviene que sea [...] la máxima autoridad la que decida, porque es la que da la posibilidad máxima de conciliación.”¹⁵⁵ Es loable la aspiración de instituir un remedio administrativo de alguna imparcialidad para la decisión, pero no parece hoy en día realista querer lograr ese objetivo llevando la decisión al Poder Ejecutivo, por la hegemonía que opera en nuestro país. Para ello hacen falta otros mecanismos institucionales que exceden el creado por estos cuerpos normativos.¹⁵⁶

¹⁵⁰ PTN, *Dictámenes*, 132: 184; conf. HALPERÍN y CATTANI, *op. cit.*, p. 17; MAIRAL, *op. cit.*, p. 363, agregando que “la misma tesitura [de reinicio] podría aplicarse, por analogía, al supuesto de denegatoria expresa.” En contra COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 30 a 32, § 9.4.1, p. 509, para quien el efecto de la interposición del reclamo es la suspensión.

¹⁵¹ *Procedimiento y recursos administrativos*, ed. 1971, *op. cit.*, pp. 413-5.

¹⁵² SPOTA, *op. cit.*, p. 492; jurisprudencia uniforme.

¹⁵³ Como lo explicamos en *Procedimiento y recursos administrativos*, ed. 1964, *op. cit.*, p. 213; 1971, *op. cit.*, p. 494.

¹⁵⁴ Arts. 90 y 96 de la reglamentación nacional.

¹⁵⁵ GRAU, “Reclamación...”, *op. cit.*, p. 186.

¹⁵⁶ Ver PÉREZ HUALDE, “La postergación...”, *op. loc. cit.* y nuestros “La constitucionalidad...” *RPA*, 2006-2: 59-104;

21. Alcances de la decisión

No existe limitación alguna expresa o implícita en las normas vigentes respecto a la competencia de la administración para resolver el reclamo administrativo previo, por lo que entendemos que puede tanto revocarse como reformarse o sustituirse el acto, reconocerse indemnizaciones, etc.

22. Alternativas del proceso

22.1. Desistimiento del proceso

Si en el pleito pertinente se produjera el desistimiento por la actora solamente del *proceso*, no del derecho, lo que de acuerdo al art. 304 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación requiere la conformidad de ambas partes, la situación podría a nuestro juicio variar. En efecto, dado que ese desistimiento con la conformidad de la contraparte no impide iniciar más tarde nuevo juicio por la misma cuestión,¹⁵⁷ entendemos que se deja abierta también la vía administrativa.¹⁵⁸ Por ello, en caso de juicio desistido, consideramos que el individuo puede reiniciar el trámite administrativo: Si las gestiones administrativas fracasaran, él podría siempre, atento la naturaleza del “desistimiento del proceso” regulado en el CPCCN, iniciar un nuevo pleito contra el Estado.¹⁵⁹ Claro está, no apostaríamos nuestra conducta procesal a esta hipótesis, salvo casos muy forzados.

22.2. Desistimiento judicial del derecho

Más difícil es la situación en que el actor desiste del *derecho* en que fundó su acción: Procesalmente, ello no requiere la conformidad del demandado (en el caso el Estado) y si el juez considera que el derecho es susceptible de ser renunciado por no ser de orden público, dará por terminado el juicio, el que no puede luego ser reiniciado con el mismo objeto del que fuera desistido.¹⁶⁰ En tal caso, en que el particular tiene cerrada definitivamente la vía judicial, no por una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, sino por una voluntaria renuncia

¹⁵⁷ “En cualquier estado de la causa anterior a la sentencia, las partes, de común acuerdo, podrán desistir del proceso manifestándolo por escrito al juez quien, sin más trámite, lo declarará extinguido y ordenará el archivo de las actuaciones.” “Cuando el actor desistiera del proceso después de notificada la demanda, deberá requerirse la conformidad del demandado, a quien se dará traslado notificándosele personalmente o por cédula, bajo apercibimiento de tenerlo por conforme en caso de silencio. Si mediare oposición, el desistimiento carecerá de eficacia y proseguirá el trámite de la causa.” (Art. 304 del Código.)

¹⁵⁸ Siempre que en ésta no existiera con anterioridad un pronunciamiento definitivo sobre la cuestión motivo del pleito.

¹⁵⁹ Por cierto, sin la necesidad de renovar el “reclamo previo” formal, con sus términos, etc.

¹⁶⁰ “En la misma oportunidad y forma a que se refiere el artículo anterior, el actor podrá desistir del derecho en que fundó la acción. No se requerirá la conformidad del demandado, debiendo el juez limitarse a examinar si el acto procede por la naturaleza del derecho en litigio y a dar por terminado el juicio en caso afirmativo. En lo sucesivo no podrá promoverse otro proceso por el mismo objeto y causa.” (Art. 305 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.)

judicial a seguir reclamando *judicialmente* el derecho ¿es admisible que reinicie la vía administrativa? La respuesta puede ser demasiado fácil en sentido negativo, pero la práctica administrativa se ha inclinado a aceptarlo, tanto que a veces pone verbalmente e incluso por escrito, como condición *sine qua non* del favorable tratamiento administrativo del contenido intrínseco del reclamo, recurso o acción judicial, que primero se desista del recurso o acción interpuesta, y se consienta el acto, renunciando también a la acción y al derecho judiciales, para luego otorgar “graciosamente” lo que se pedía.¹⁶¹ Si bien cabe denunciar la naturaleza autoritaria de estos comportamientos, al menos cabe reconocer que al no haber necesariamente autoridad de cosa juzgada judicial, sino mera renuncia a la vía judicial y al ejercicio del derecho en vía judicial, no deja de ser una alternativa para el particular que desea la pronta solución de su problema. En tales hipótesis no se advierte por qué habría de negarse la continuación del debate en sede administrativa hasta su decisión final.¹⁶² De todas maneras el debate subsiguiente es informal, generalmente encarado por otros fundamentos o mecanismos administrativos, y da lugar al dictado un acto nuevo y distinto, que por ende no colisiona con los actos previos de desistimiento y consentimiento. Por ello la administración puede seguir con la tramitación del asunto y eventualmente decidirlo favorablemente, a pesar del desistimiento judicial del derecho, pues éste, tal como está legislado, no es sino una forma más de desistimiento del proceso: Es un desistimiento de ese proceso y de todo proceso ulterior, pero desistimiento procesal al fin. Prueba de ello es que el desistimiento puede ser revocado mediante conformidad de la contraparte;¹⁶³ entonces, si la administración puede voluntariamente acceder a un nuevo juicio, también puede acceder a su consideración administrativa.¹⁶⁴ Siendo esto así y dado que las renunciaciones han

¹⁶¹ Relatamos dos experiencias concretas en las ps. 8 y 9 del cap XXI del t. 2, 9ª ed. Por supuesto, son conductas extorsivas totalmente impropias de un Estado de Derecho y que contribuyen notoriamente a nuestro desprestigio internacional.

¹⁶² Ya hemos explicado en su lugar que “cuando el particular [...] renuncia voluntariamente a seguir la vía jurisdiccional [...] no por ello cambia la naturaleza jurídica del acto de la administración,” ni adquiere por lo tanto efectos de mayor firmeza que los que anteriormente tenía: *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, pp. 124-5.

¹⁶³ El art. 306 del Código dice que “El desistimiento no se presume y podrá revocarse hasta tanto el juez se pronuncie, o surja del expediente la conformidad de la contraria.” Ello significa que el desistimiento puede revocarse a) cuando el juez aun no dio por terminado el litigio, o b) cuando aun habiéndose pronunciado el juez admitiendo el desistimiento, hay conformidad de la parte contraria. La expresión “o” utilizada en el art. tiene un claro sentido alternativo, que permite entonces desistir en uno u otro supuesto: en el primero (no habiendo decisión del juez), sea que haya o no conformidad de la contraparte; en el segundo (habiendo decisión del juez) obviamente a pesar de que tal decisión exista. De otra manera resultaría que la conformidad de la contraparte sólo posibilita el desistimiento no habiendo pronunciamiento judicial, lo cual hace innecesaria la disposición final del art., pues el juez puede de todos modos admitir la revocación del desistimiento. Por ello interpretamos que la conformidad de la contraparte permite revocar el desistimiento aceptado judicialmente.

¹⁶⁴ Cuando la administración no se ha pronunciado aun por decreto del Poder Ejecutivo, ello hace más recomendable que acceda a la consideración del reclamo.

de interpretarse restrictivamente, pensamos que el desistimiento analizado lo es sólo de la vía judicial y que deja habilitada la vía administrativa.¹⁶⁵

22.3. Caducidad de instancia

Si en el proceso entre el particular y el Estado se produce la caducidad de la instancia, hay que distinguir según lo hace el art. 318 del Código Procesal Civil y Comercial, entre la que se opera en primera o única instancia y la que se produce en instancias superiores. En el primer caso ella “no extingue la acción, la que podrá ejercitarse en un nuevo juicio, ni perjudica las pruebas producidas, las que podrán hacerse valer en aquél:” el caso es similar al del desistimiento del proceso, por lo que es de aplicación el mismo criterio que propusiéramos al respecto. Por ello, estimamos que la caducidad producida en primera o única instancia, de acuerdo a la actual legislación procesal, no impide al particular reiniciar el trámite administrativo. Esta solución la consideramos aplicable no sólo cuando la caducidad de instancia es declarada de oficio (art. 316) sino también cuando se produce a pedido de la parte demandada, en el caso el Estado, porque una cosa es que el Estado se oponga a la continuación del trámite en ese proceso judicial, en base a la inacción del litigante y otra que se oponga a todo tipo de tramitación. Pensamos que haber pedido y obtenido, en el ejercicio de sus derechos como litigante demandado, la caducidad de la instancia, en modo alguno implica que no pueda reabrirse la tratativa administrativa. Reiteramos que esto lo afirmamos para el caso de que *no haya decisión definitiva en sede administrativa*; es la falta de un pronunciamiento final del Poder Ejecutivo lo que nos sugiere la admisibilidad de la reapertura del trámite administrativo, luego de la caducidad de instancia judicial en primera instancia.

Distinta es la solución en el caso de la caducidad en segunda instancia, pues allí está establecido que “La caducidad operada en instancias ulteriores acuerda fuerza de cosa juzgada a la resolución recurrida” (art. 318); va de suyo que la resolución que adquiere fuerza de cosa juzgada es la que hubiere adoptado el juez en primera instancia, por lo que no existe ya posibilidad de reabrir la vía administrativa. No es de aplicación en este caso la regla de la cosa juzgada *administrativa*, según la cual a pesar de gozar un acto de estabilidad puede ser revocado en beneficio del particular,¹⁶⁶ porque aquí se trata ya de cosa juzgada *judicial*.¹⁶⁷

22.4. Transacción o conciliación judicial

En estos casos, una vez otorgada la homologación por el tribunal, el convenio adquiere autoridad de cosa juzgada judicial, por lo que no es procedente reabrir

¹⁶⁵ Aclarando desde luego, que esto es así siempre que no existiera pronunciamiento definitivo anterior de parte de la administración.

¹⁶⁶ Ver t. 3, 8ª, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad.”

¹⁶⁷ Para sus diferencias ver el t. 3, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad,” § 2, “Caracteres. Diferencias entre cosa juzgada judicial y cosa juzgada administrativa.”

la vía administrativa sobre la materia que fue objeto de transacción. Desde luego, siempre se podrán discutir aspectos de la ejecución del convenio, pero no el convenio en sí mismo.

Capítulo XIII

QUEJA Y AMPARO POR MORA¹

1. Comparación funcional

El arma más fuerte que tiene la administración contra el administrado en el procedimiento administrativo es el silencio, la demora, la inercia, la inexpressividad: Frente a las urgencias empresariales o privadas, el lento pero inexorable transcurso del tiempo sin que se produzcan los necesarios pasos o etapas del procedimiento hacia una resolución final, produce un efecto profundamente lesivo al derecho del administrado, para el cual no hay solución alguna verdaderamente

¹ Entre los trabajos posteriores al decreto-ley 19.549/72 ver GALLARDO, ROBERTO ANDRÉS, “Amparo y amparo por mora. ¿Existe la incongruencia en la relación género-especie?,” *LL*, 1997-C, 801; BIOTTI, MARÍA ALEJANDRA, “Amparo por mora. Recurso de apelación y régimen aplicable” (comentario al fallo *Gaitén*, Sala IV de la CNFed. CA, 1980), en *LL*, 1992-C, 118; CREO BAY, HORACIO D., *Amparo por mora de la Administración Pública*, Buenos Aires, Astrea, 1989, 1ª ed. y 1995, 2ª ed. actualizada y ampliada; “La reforma introducida al amparo por mora de la Administración. Necesidad de una regulación integral,” *LL*, 1978-D, 1202; “La apelabilidad de las sentencias dictadas en los amparos por mora de la administración y el final de una polémica,” *LL* 1985-C, 511; “La menor cuantía del amparo por mora de la administración,” *LL*, 1981-A, 180; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, “El amparo por mora y el silencio de la administración,” *LL*, 1986-D, 1172; “La imposición de costas en el proceso de amparo por mora: una perspectiva distinta,” *LL*, 1989-E, 286; HUTCHINSON, TOMÁS, “La morosidad administrativa y la solución legal del amparo por mora,” *RAP*, 21: 7, Buenos Aires, 1980, reproducido en AA.VV., *La reforma del procedimiento administrativo*, La Plata, Asociación Argentina Derecho Administrativo, 1981; COMADIRA, JULIO RODOLFO y MONTI, LAURA (colaboradora), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario a los arts. 28 y 29, § 8, pp. 491-503; DOCOBO, JORGE JOSÉ, “Las sociedades del Estado y el amparo por mora de la administración,” *LL*, 1982-C, 331; GAUNA, JUAN OCTAVIO, “Amparo por mora de la administración Pública,” en *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 260 y ss.; MUÑOZ, GUILLERMO ANDRÉS, “Inmunidad del poder: la inactividad administrativa,” *LL*, 1990-B, 891; PEARSON, “¿Es apelable o inapelable la sentencia final del amparo por mora de la administración Pública Nacional?,” *LL*, 1979-B, 486; “La acción judicial contra la administración Pública, en el orden nacional, por su mora en el procedimiento administrativo,” *LL*, 1982-D, 912; OROZ, MIGUEL H., “El amparo por mora: transitando por la buena senda,” *JA*, 2003-III, 247; HITTERS, JUAN M., “El amparo por mora en la provincia de Buenos Aires,” *JA*, 2004-I, suplemento del fascículo nº 4, pp. 3-11. Un excelente estudio de derecho comparado en ANTHONY, GORDON, “Silencio Administrativo y Derecho Público del Reino Unido,” *LL, Suplemento Administrativo*, marzo de 2006, pp. 1-14.

efectiva.² El decreto-ley 19.549/72³ y su reglamentación han establecido dos medios diferentes de defensa positiva del particular frente a este tipo de irregularidad en el procedimiento administrativo: Una en vía administrativa, la reclamación en queja⁴ y otra en vía judicial, el amparo por mora de la administración; la diferencia entre ambos es abismal a favor del segundo. A ellos cabe agregar la institución del silencio, por medio de la cual el interesado puede optar por considerar denegada su petición, transcurridos los plazos para la toma de decisión sobre el fondo del asunto y proseguir con otras vías de impugnación.⁵ Uno de los inconvenientes del silencio es que en algunas ocasiones el ordenamiento lo computa en forma tácita para producir la pérdida de derechos.

El amparo por mora se desarrolla orgánicamente dentro del proceso, pues su tramitación y resolución es efectuada por órganos jurisdiccionales *stricto sensu*; sin embargo, los efectos que produce se refieren al procedimiento administrativo, ya que su finalidad es que se intime a la administración a dictar la resolución o realizar el trámite omitido, por lo tanto apunta a que continúe un procedimiento administrativo atrasado o paralizado.⁶ Por ello, funcional o teleológicamente, es posible también analizarlo dentro del procedimiento administrativo, sin perjuicio de que sus normas sean principalmente de carácter procesal.

No obstante pues que opera en el ámbito judicial, su utilidad concreta es para el procedimiento administrativo y, como veremos luego, tiene incluso algunos

² Ver las consideraciones que acerca del tiempo en el procedimiento hacemos en el cap. VIII, § 1, “El tiempo en el procedimiento administrativo.” La experiencia indica que a la mayor parte de los individuos el transcurso del tiempo en la evolución de sus reclamos administrativos o juicios contra la administración inevitablemente los desgasta y que el eventual éxito en la gestión no es nunca moralmente reparador en grado proporcional al perjuicio inicialmente sufrido y al costo emocional y anímico de haber tenido que batallar. De allí que es de fundamental importancia todo lo que pueda hacerse para brindarle elementos de defensa contra el deterioro producido por el transcurso del tiempo en el procedimiento administrativo.

³ En el orden local Córdoba, San Juan y San Luis han incorporado instituciones similares: Así, según el art. 52 de la constitución cordobesa, los jueces pueden librar mandamiento judicial de pronto despacho “Para el caso de que esta Constitución, una ley u otra norma impongan a un funcionario, repartición o ente público administrativo un deber concreto a cumplir en un plazo determinado,” permitiendo a “toda persona afectada [...] demandar su cumplimiento judicialmente y peticionar la ejecución inmediata de los actos que el funcionario, repartición o ente público administrativo se hubiera rehusado a cumplir.” La ley 8508 (1995), art. 13, establece la aplicación supletoria de la ley local de Amparo 4915 (siguiendo la doctrina de *Sindicato de Trabajadores Siderúrgicos Argentinos, Fallos*: 291: 247, 1975), el CCA y el CPC. Comp. con el art. 41 de la Constitución de San Juan y el art. 46 de la de San Luis. Buenos Aires lo regula en el art. 76 del Código. En la Ciudad de Buenos Aires, la ley 2174 (B.O. N° 2600 del 09-I-07) fue vetada por la ley 3374 (B.O. N° 3350 del 28-I-2010.)

⁴ Ver CANOSA, ARMANDO N., *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 251 y ss.; HERNÁNDEZ, BELISARIO J., “Recurso de queja,” *RADA*, 9: 49, Buenos Aires, 1976; CANOSA, *Procedimiento Administrativo: recursos y reclamos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 493 y ss.

⁵ Ver en tal sentido CNFed. CA, Sala III, *S.I.P.E.D.Y.B.*, 6-X-98; Sala V, *Díaz y Mario Víctor*, 26-III-01, entre otros fallos. Debe tenerse siempre en cuenta que la opción que la norma acuerda es a favor del administrado y no exime a la administración de su obligación de resolver ante el requerimiento de aquél tanto en sede administrativa como judicial.

⁶ CSJN, *Maiza, José Félix Simón*, 05-X-2009; TSJCABA, *Pelacoff, Lisa Paola c/ GCBA y otros s/ amparo*, 07-VII-2008.

principios que también pertenecen al procedimiento administrativo más que al derecho procesal administrativo *stricto sensu*.⁷ Por tales razones, y sobre todo porque funcionalmente desempeña un rol que sólo cabe ubicar dentro del trámite ante la administración pública, incluimos en este cap. y vol. lo atinente al referido amparo por mora de la administración.

2. *Carácter no excluyente*

Conviene también advertir, desde el comienzo, que el particular puede utilizar indistintamente tanto la reclamación en queja como el amparo por mora, sin que la articulación de uno perjudique al otro o dependa de él; son independientes entre sí.⁸ En consecuencia de ello,

2.1. El reclamo administrativo en queja no es un requisito previo a la interposición del amparo por mora: éste puede iniciarse directamente ante la justicia, sin necesidad de haber acudido previamente en queja a la propia administración.⁹ Si bien se lo piensa, sería un despropósito exigir el agotamiento de la vía administrativa, cuando la administración simplemente se niega a pronunciarse o se demora más allá de los plazos legales o simplemente razonables.

2.2. Nada impide articular simultáneamente la queja en sede administrativa y el amparo por mora en sede judicial.

Ello se deduce de varias circunstancias. En primer lugar, que los hechos que abren la procedencia de uno y otro no son exactamente iguales, lo que permite discutir paralelamente situaciones distintas en sede administrativa y judicial.

En segundo lugar, que dado que la administración ha de resolver no sólo sobre aspectos relativos a la legitimidad de la conducta de la que se reclama, sino

⁷ En sede judicial, se ha resguardado la efectiva vigencia del principio de informalismo, declarando procedente el amparo por mora, aunque el escrito presentado en sede administrativa adoleciera de defectos formales: ver CNFed. CA, Sala II, *Rodríguez Fuchs c/ I.S.S.B., LL*, 1997-A, 81 (1996), con nota "Informalismo y amparo por mora," reproducida en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 49, p. 129.

⁸ Como dice BARRA, "Debe advertirse que estas dos vías no son excluyentes, ya que si la reclamación en queja no logra el fin querido por el administrado, éste podrá accionar por mora en sede judicial. Por lo demás el amparo por mora podrá deducirse directamente (es decir, sin necesidad de tramitar previamente la reclamación en queja) y ambas vías podrán ser renunciadas (con las consecuencias procesales que correspondan) no perjudicando ello la articulación de la otra:" BARRA, "El amparo..." *op. cit.*, p. 799; MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 895-6; COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 28 y 29, § 8.2, pp. 493-4; también la jurisprudencia ha señalado que el amparo por mora y la queja funcionan como vías alternativas, no excluyentes, a favor del administrado: CNFed. CA, Sala V, *Díaz y Mario Víctor*, 26-III-01, CNFed. CA, Sala II, *Seidel, Germán R. y o.*, 30-V-06, con nota de LANDE, CAROLINA, "Amparo por mora y pronto despacho van juntos," *LL, Suplemento Administrativo*, octubre de 2006, pp. 44; CANOSA, A., *Procedimiento Administrativo: recursos y reclamos*, *ob. cit.*

⁹ PEARSON, *Manual de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, 3ª ed., p. 177; CREO BAY, *Amparo por mora...*, *op. cit.*, 2ª ed., cap. III, § 23, p. 26. Tampoco tiene necesidad de pedir pronto despacho para, en su caso, configurar el silencio: GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 197; ni se requiere agotamiento de la vía administrativa: GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 192.

también referentes a su oportunidad o mérito, es entonces también diferente el alcance de los motivos de impugnación y de los posibles fundamentos de la decisión que se pueda adoptar.

En tercer lugar, cabe apuntar que, por cierto, el amparo por mora no tiene efecto suspensivo del deber de la administración de seguir impulsando de oficio y resolviendo las actuaciones. Mal podría la propia administración argumentar que no resuelve una queja interpuesta ante ella porque el particular ya ha buscado satisfacción a su derecho ante la justicia: el amparo por mora no implica pedir a la justicia una resolución sobre el fondo, sino requerirle a ésta que le exija a la administración la producción de una resolución definitiva o de mero trámite, un informe o dictamen. Y por lo demás, si estando el amparo por mora en curso la administración resolviera hacer lugar a la queja, con ello se tornará abstracto el amparo y no será necesario resolverlo; a la inversa, si estando el amparo pendiente de decisión la administración resuelve una queja por la misma cuestión, denegándola, ello no hace sino ratificar los hechos denunciados por el interesado al formular el amparo por mora y podrá alegarse como hecho nuevo en el proceso, a efectos de que el juez tenga también en cuenta dicho elemento de juicio al pronunciarse sobre la mora y su solución.¹⁰

2.3. Interpuesta y resuelta la queja en sede administrativa, puede luego intentarse el amparo por mora;¹¹ no es por lo demás necesario formular reserva alguna, al formular la queja, del derecho a articular posteriormente el amparo por mora.

2.4. Lo mismo vale a la inversa: Si el particular intenta el amparo por mora y le es resuelto negativamente, tiene de todos modos derecho a intentar la queja en sede administrativa.

2.5. *A fortiori*, si el particular tiene en trámite una queja en la administración, puede desistirla e intentar el amparo por mora en sede judicial.¹²

2.6. Si el interesado tiene en curso un amparo por mora, puede desistirlo e intentar la queja en sede administrativa.¹³

2.7. A su vez, aun cuando una u otra vía hubiere sido resuelta negativamente, p. ej. por interpretarse que no han transcurrido los plazos razonables o que estuvieren fijados a la administración para realizar la conducta omitida, el nuevo transcurso del tiempo más allá de tales plazos habilita nuevamente a la apertura de una y otra vía: no será en tal caso exactamente por los mismos hechos, pues la dimensión temporal habrá variado, pero podrá sí ser por la misma conducta

¹⁰ MOSÉ MEDRANO, MARÍA CAMILA, "Queja, Aclaratoria y Rectificación de errores materiales" en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 453.

¹¹ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p.192.

¹² BARRA, *op. loc. cit.*, *supra* nota 8.

¹³ BARRA, *op. loc. cit.*, *supra* nota 8.

omitida por la cual se intentara antes el pertinente remedio procesal.¹⁴

3. *Semejanzas generales*

Sin perjuicio de otras particularidades que se irán viendo en el desarrollo del presente capítulo, podemos hacer aquí una breve comparación de carácter general entre sus similitudes y diferencias. En cuanto a las primeras podemos señalar lo siguiente:

3.1. *Inacción administrativa: Silencio, queja, amparo por mora*

Tienen en común que sirven para la defensa del particular frente a la inacción o la demora administrativa. Guardan parecido con el silencio de la administración, figura destinada a permitirle al particular considerar, si así lo desea, que su reclamo o petición ha sido denegado ante el transcurso de los términos para dictar resolución sin que ella se haya producido. A su vez, se diferencian de él en que su objetivo es la realización o corrección del trámite omitido o defectuosamente realizado, en tanto que el silencio o denegación tácita no procura solucionar en cuanto al fondo la conducta omisiva (esto es, obligar a resolver) sino sólo posibilitar la continuación del trámite en otras instancias, dando por fracasada la anterior. Por ello el silencio supone admitir la irreversibilidad de la inacción administrativa en el caso concreto, mientras que la queja y el amparo por mora suponen —al revés— la posibilidad o la esperanza de que ella sea corregida todavía en tiempo útil. Por otra parte, nada impide la promoción de un amparo por mora antes y después de la configuración del silencio previsto en el art. 31 del decreto-ley 19.549/72, modificado por la ley 25.344, en virtud del derecho del administrado a obtener una decisión fundada (art. 1º, inc. f), pues lo contrario implicaría otorgar al silencio de la administración el carácter de una prerrogativa en la que pudiera ampararse para soslayar dicho deber.¹⁵

3.2. *Plazos*

Una segunda similitud es que ambos mecanismos de impugnación tienen previstos plazos breves para su funcionamiento y eventual decisión y ninguno tiene plazo o término de interposición.¹⁶

3.3. *Efectos en el procedimiento*

Se asemejan también, según ya vimos, en que ambos sirven funcionalmente al procedimiento administrativo no obstante el distinto ámbito en que se desenvuel-

¹⁴ CREO BAY, *Amparo por mora...*, op. cit., 2ª ed., cap. III, § 23, p. 27.

¹⁵ CNFed. CA, Sala II, *Maciel, Miguel Santiago*, 20-VI-96. CNFed. CA, Sala II, *Seidel, Germán R. y otros v. Estado Nacional*, 30-V-06, con nota de AMBROSINO, MARÍA SILVANA, "Amparo por mora y reclamo administrativo previo," *LL*, 2006-F, 96.

¹⁶ Y naturalmente, es improcedente construir o interpretar plazos para recurrir o reclamar por analogía, como ya lo explicara oportunamente LINARES, JUAN F., "Términos para recurrir a la justicia administrativa fijados por analogía," *LL*, 54: 776; en contra HERNÁNDEZ, op. cit., p. 73.

ven, sin perjuicio de que su eficacia concreta es diversa: El amparo por mora, en efecto, es un remedio más contundente que la reclamación en queja.

3.4. *Innecesariedad de intimación*

No es necesario constituir en mora ni pedir pronto despacho,¹⁷ etc.: La mora se produce de pleno derecho por el transcurso de los plazos razonables o normativos para que la administración realizara la conducta omitida.¹⁸

3.5. *Perjuicio*

Tampoco es necesario argüir o demostrar el perjuicio que la morosidad o defecto.¹⁹

4. *Diferencias generales*

4.1. *Órganos que las resuelven*

4.1.1. *Queja*

La queja se interpone ante el *inmediato* superior jerárquico del funcionario u órgano que debió dictar el acto, producir el dictamen, etc., quien la resuelve.²⁰ Ello reduce la eficacia de este medio, ya que el *inmediato* superior del agente debió supervisar a sus dependientes. Es así presumible un poco de espíritu de cuerpo, sin la suficiente imparcialidad que brinda una mayor distancia con el problema.

4.1.2. *Amparo por mora*

El amparo por mora tramita ante la justicia y este solo hecho le confiere una mayor autoridad jurídica y material frente a la administración, sobre todo tratándose como se trata de situaciones objetivas de mora, que difícilmente encontrarán respuesta satisfactoria que excuse la tardanza. Es por lo tanto una acción que normalmente termina con el éxito; su único inconveniente es que si la administración es muy autoritaria, ese éxito del particular puede predisponerla en su contra y llevarla a decidir, sí, pero *en contra* de lo peticionado. Por ello, es una opción que los particulares suelen sopesar cuidadosamente y reservar por lo general con preferencia para la lentitud u omisión de realizar actos de *trámite*, antes que para el dictado de la decisión final sobre el *fondo* de la cuestión. Por supuesto, no existen reglas absolutas y todo depende de las circunstancias del caso.²¹

¹⁷ CNFed. CA, Sala IV, *Gramajo, Rosa*, 16-XI-93, para una acción de amparo por mora.

¹⁸ Conf. HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 19, respecto del amparo por mora: “La mora necesaria para poner en marcha este procedimiento se produce por el mero retardo, por la demora,” a diferencia, señala, del derecho común (nota 51); “ello ocurre porque la misma ley constituye en mora a la administración por no decidir en el plazo fijado;” BARRA, “El amparo por mora de la Administración,” *ED*, 59: 797, reproducido en AA.VV., *Estudios de derecho Administrativo*, Buenos Aires, CDCS, 1975, p. 799 y CREO BAY, *Amparo por mora...*, *op. cit.*, 2ª ed., cap. IV, secc. E), § 50, p. 65.

¹⁹ Conf., para el amparo por mora, GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 196.

²⁰ Art. 71.

²¹ Ver CSJN, *Ambrosino, Miriam G. y ot.*, 14-IX-2000.

4.2. Derecho adjetivo aplicable

4.2.1. Queja

La queja se rige enteramente por las normas del procedimiento administrativo.

4.2.2. Amparo por mora

El amparo por mora se rige:

4.2.2.1. En primer lugar, por el decreto-ley 19.549/72, que reenvía a normas del procedimiento administrativo, p. ej., lo atinente al carácter de parte.²²

4.2.2.2. En el orden federal se rige, en segundo lugar, por las normas del decreto-ley de amparo,²³ al cual se recurre supletoriamente, tal es así que varios de los jueces federales de primera instancia en lo contencioso administrativo disponen, al solicitar el informe sobre las causas de la demora aducida, que el proceso se regirá supletoriamente por las disposiciones del decreto-ley 16.986/66. Dicha supletoriedad, de alguna manera sobreviniente, no es en modo alguno expresa en el decreto-ley 19.549/72, siéndole por ello de aplicación al antiguo axioma de que no cabe crear o extender plazos de caducidad de derechos por analogía u otra forma de interpretación.²⁴ Sin embargo, en algunos casos excepcionales se ha cometido a nuestro juicio el error de aplicar tal plazo, siendo que la mora, en cuanto a omisión, no puede dar a lugar al nacimiento de un plazo de caducidad.²⁵

4.2.2.3. En tercer lugar, en todo lo demás no previsto, por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

²² Ver sobre la CABA: GORDILLO y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed., secc. IX, pp. 300-3; JUAN LIMA, FERNANDO E., “Amparo por mora,” en BALBÍN, CARLOS F. (dir.), *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Comentado y Concordado*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, art. 62, § 4.3, pp. 235-6; VICENTI, ROGELIO W., “Amparo por mora de la administración,” en HUTCHINSON (dir.), *Colección de Análisis Jurisprudencial. Elementos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, § III, pp. 492-3, nota el fallo de la CCAyT CABA, Sala II, *Lorenzo, Rosa del C.*, 21-VIII-01; CARRANZA TORRES, LUIS R., “Sobre la naturaleza procesal del amparo por mora,” *LL*, 2002-E, 381, § I y V, comentario a la CCAyT CABA, Sala II, *Bonini, Carlos y otra*, *LL*, 2002-E, 381. Para el sistema bonaerense ver HITTERS, “El amparo...,” *op. loc. cit.*

²³ En provincias como Santa Fe, donde no está previsto el amparo por mora, se rige por la ley de amparo local. Ver FERULLO, GUSTAVO C. y GRAU, CÉSAR ANTONIO, *Procedimiento y recursos administrativos en la Provincia de Santa Fe*, Rosario, Fas, 1997, pp. 97-106.

²⁴ LINARES, “Términos para recurrir a la justicia administrativa fijados por analogía,” *op. cit.*

²⁵ Conf. HITTERS, “El amparo...,” *op. cit.*, § II.c, p. 6, quien advierte que “aplicar rigurosamente los criterios de admisibilidad del clásico amparo a esta acción por morosidad es lo mismo que negar su existencia,” VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN, “¿Vigencia del plazo de caducidad para la acción de amparo? (A propósito de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación),” *LL*, 2002-E, 374. Comp. CNFed. Civ. y Com., Sala I, 13-III-01, *Centro terapéutico El árbol familiar*, *LL*, 2001-F, 722: “Si bien se ha admitido la aplicación supletoria al amparo por mora de las normas del procedimiento de la ley 16.986, ello ha sido, precisamente, en cuestiones de neto carácter procesal [...] y no respecto de disposiciones cuya manifiesta incompatibilidad con su naturaleza, objeto y finalidad imponen la exclusión de su aplicación.” En contra de la aplicabilidad supletoria del decreto-ley 16.986, GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, p. 295.

4.3. *Materias por las que procede*

4.3.1. *Queja*

La queja procede contra defectos de tramitación e incumplimientos de plazos legales o reglamentarios, siempre que no se refieran a la resolución de recursos.

4.3.2. *Amparo por mora*

Procede ante el incumplimiento de resolver la petición requerida por el particular, en los plazos fijados o en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excede lo razonable, sin emitir dictámen o resolución de mero trámite o de fondo. Nada obsta a articular en forma simultánea ambos remedios.

5. *Capacidad para ser parte*

5.1. *Queja*

Desde luego, la aptitud o capacidad procesal para ser parte en el procedimiento administrativo en general, según lo explicamos en el cap. I de este tomo, es la misma que se aplica en materia de queja. No hay en este punto particularidad alguna que sea del caso mencionar, excepto que las entidades administrativas, si bien parecería que a juicio de la doctrina dominante no pueden interponer recursos *stricto sensu*, sí pueden en cambio articular la queja.²⁶ Ello demuestra, a mayor abundamiento, la incongruencia de la solución aplicada en los demás casos de recursos administrativos de dichas entidades.

5.2. *Amparo por mora*

Al referirnos al amparo por mora surge de inmediato una sustancial asimilación del instituto a diversas reglas del procedimiento administrativo y no a las del proceso judicial nacional, que ya adelantamos al comienzo de este cap. En efecto, la norma del art. 28 establece que “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho;” ello incluye el concepto de “parte interesada,” o sea tanto la *capacidad* administrativa para ser parte, como la *legitimación* activa pertinente. En este acápite consideraremos la primera cuestión y dejaremos lo atinente a la legitimación para el punto siguiente.

5.2.1. *Terceros*

Los terceros tienen plena calidad de parte en el procedimiento administrativo,²⁷ sea como cointerésados o contrainterésados;²⁸ en todos los casos su capacidad

²⁶ BARRA, “El amparo...,” *op. cit.*, p. 801.

²⁷ *Supra*, cap. I, “Las partes,” § 11, “Terceros.”

²⁸ Ampliar *supra*, t. 2, cap. IX, § 12, “Principio de contradicción.”

plena se extiende también al ámbito judicial y pueden por ello articular el amparo por mora de la administración,²⁹ aun no siendo la parte interesada originaria del expediente administrativo; se requiere, desde luego, que hayan adquirido la calidad de parte presentándose en el procedimiento administrativo en forma previa a su actuación judicial.

5.2.2. *Personas con capacidad limitada*

Surge de lo explicado en el cap. I de este tomo, que tendrán entonces capacidad procesal *stricto sensu* para ser parte en un amparo por mora de la administración, personas que no tienen capacidad civil amplia, sino disminuida o relativa; dichas personas tienen en cambio *plena* capacidad jurídica tanto para cualquier etapa del trámite administrativo como para articular y seguir en todas sus etapas procesales el referido amparo por mora. Cabe analizar distintos casos:

5.2.2.1. *Menor adulto*³⁰

Conforme al art. 3º, segunda parte, del reglamento de la ley de procedimiento administrativo, los menores adultos tienen *plena* capacidad para intervenir en procedimientos administrativos “como parte interesada en la defensa de sus propios derechos subjetivos o intereses legítimos.”³¹ Esa regla se halla por lo demás confirmada, a veces normativamente, en múltiples supuestos: el menor adulto funcionario público,³² el que está sometido a cargas públicas, el que ejerce profesión o industria,³³ el profesional,³⁴ el que ingresa a la función pública,³⁵ el emancipado por matrimonio o habilitación.³⁶

Tales expresas o virtuales confirmaciones legislativas tienen importancia en los ordenamientos provinciales que no han incorporado una norma como el art. 3º, segunda parte, del reglamento del decreto ley 19.549/72.

En el orden nacional, en cambio, esas disposiciones tienen ya sólo el valor de antecedente legislativo, pues la norma vigente no establece distinciones ni limitaciones de ninguna índole, al consagrar en forma genérica y expresa que los menores adultos tendrán “*plena capacidad*” para intervenir administrativamente en defensa de sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

En suma, todo menor adulto que tenga cualquier trámite en la administración pública nacional centralizada o descentralizada, puede accionar judicialmente en

²⁹ BARRA, “El amparo...,” *op. cit.*, p. 800.

³⁰ Debemos tener en cuenta que mediante la ley 26.579 (B.O. del 22-XII-2009) se modificaron distintos artículos del Código Civil, entre ellos el 126 que quedó redactado de la siguiente manera “Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de dieciocho (18) años”.

³¹ Ampliar *supra*, cap. I, “Las partes,” § 3, “El caso del menor adulto.”

³² Ampliar *supra*, cap. I, § 3.1, “Menor adulto funcionario público.”

³³ Ampliar *supra*, cap. I, § 3.2, “Menor adulto que ejerce «profesión o industria».”

³⁴ Ampliar *supra*, cap. I, § 3.3, “Menor adulto con título profesional habilitante.”

³⁵ Ampliar *supra*, cap. I, § 3.4, “Menor adulto que ingresa a la función pública.”

³⁶ Ampliar *supra*, cap. I, § 3.5, “Menor emancipado por matrimonio o habilitación.”

el amparo por mora de la administración. La capacidad procesal para ser parte en este proceso es extensiva a todos los actos referidos an él: Articular todas las demás defensas y recursos que el derecho procesal acuerda al que acciona en amparo por mora. Una interpretación limitada, que negara al menor adulto el pleno ejercicio de la capacidad procesal que el art. 28 le acuerda para defender su derecho frente a la morosidad administrativa, carecería a nuestro modo de ver de sustento legal suficiente y también de razonabilidad, en atención a los fines tenidos en cuenta por la norma al conferir al menor adulto la referida capacidad para articular el amparo por mora de la administración. Cabe además recordar tanto para el orden nacional como provincial las normas de la ley 26.061 y de la Convención Americana de Derechos del Niño.³⁷

5.2.2.2. *Menor impúber*

Señalamos en su lugar que el menor impúber, que tiene una capacidad limitada para actuar por sí dentro de ciertos límites, se presume que está autorizado expresa o tácitamente para actuar frente a la administración pública en determinadas circunstancias: Utilización de los servicios públicos (correo, teléfonos, transporte público, etc.) en calidad de usuario, actuación en regímenes integrales como la escolaridad, etc.³⁸ Ello le acuerda una autorización paterna implícita para actuar ante la administración en las peticiones referentes a tales actividades. Sin embargo, pareciera ser forzada la interpretación que pretendiera también reconocerle capacidad procesal para actuar *per se* en sede judicial, en un amparo por mora derivado de su carácter de parte, con aquella extensión, en el trámite administrativo. El menor impúber, en efecto, no está autorizado a texto expreso como el menor adulto para ser parte en el procedimiento administrativo y por lo tanto su capacidad, si bien existente, ha de considerarse necesariamente limitada. Concluimos por ello en que el menor impúber no puede articular amparo por mora de la administración, ni aun en aquellos supuestos en que puede ser parte en el procedimiento administrativo: sus derechos por la mora deberán entonces ser ejercidos por su padre o tutor.

5.2.2.3. *Adultos con capacidad limitada*

Según explicamos, en el supuesto de adultos con capacidad civil limitada,³⁹ cabe reconocerles dentro de límites normales el ejercicio de capacidad para ser parte ante la administración pública; pero, al igual que para el caso de los menores impúberes, pensamos que dicha capacidad limitada no puede ya razonablemente ser extendida al ámbito judicial en lo atinente a la utilización del amparo frente

³⁷ Ver *supra*, cap. I, p. 10 y nota 47.

³⁸ Ampliar *supra*, cap. I, § 4, “Menor impúber.”

³⁹ Tales como los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, los inhabilitados previstos en el art. 152 *bis* inc. 2º del Código Civil, los pródigos, quienes padecen de embriaguez habitual, etc. Ampliar *supra*, cap. I, § 7, “Adultos con capacidad limitada.”

a la morosidad administrativa, aun en los propios asuntos en que estén en juego sus derechos o intereses. La solución se explica porque, a diferencia de los menores adultos, no tienen al efecto administrativo capacidad plena sino limitada.

5.2.2.4. *Entes estatales con personalidad jurídica*

Los entes estatales con personalidad jurídica pueden ser parte en el procedimiento administrativo pero no están habilitados para accionar judicialmente por mora de la administración.⁴⁰ El carácter de parte que el art. 3º y otras normas confieren a tales entidades está limitado en forma expresa por la disposición del art. 74, de donde surge una segunda limitación, ésta razonablemente implícita, a hacer extensiva su capacidad al amparo del art. 28 del decreto-ley 19.549/72. Pueden sin embargo articular la reclamación en queja, que al no tener el carácter de recurso administrativo no se encuentra comprendida en la prohibición del referido art. 74.⁴¹

5.2.2.5. *Órganos estatales sin personalidad jurídica*

Hemos expuesto en su lugar que a nuestro juicio en determinados supuestos cabe admitir el carácter de parte en el procedimiento administrativo a órganos sin personalidad jurídica;⁴² al igual que en los casos anteriores, consideramos que esa capacidad ha de entenderse limitada y por ello no admitiría una razonable extensión del ámbito administrativo al jurisdiccional: No pueden por lo tanto, a nuestro juicio, iniciar un amparo por mora de la administración.

6. *Legitimación activa*

6.1. *Queja*

La legitimación en la queja es por de pronto tanto para quien es titular de un derecho subjetivo como de un interés legítimo, como regla general, siguiendo en esto los lineamientos generales del procedimiento administrativo; en una interpretación amplia del interés legítimo, podría también admitirse el interés difuso.⁴³

⁴⁰ Conf. BARRA, "El amparo...", *op. cit.*, pp. 800-1.

⁴¹ BARRA, "El amparo...", *op. cit.*, p. 801, quien agrega que también pueden utilizar el pronto despacho y denegación tácita del art. 10 del decreto-ley.

⁴² *Supra*, cap. I, § 9, "Órganos administrativos sin personalidad jurídica."

⁴³ Sobre la tutela del interés difuso ver nuestro libro *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, tercera reimpression 2001, p. 139 y ss.; *supra*, t.2, cap. II, "Derechos de incidencia colectiva," § 10.2, "Interés difuso;" GRECCO, CARLOS M., "Ensayo preliminar sobre los denominados intereses «difusos» o «colectivos» y su protección judicial," *LL*, 1984-B, 865; MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 189 y bibliografía allí citada en nota 187; MORELLO, AUGUSTO MARIO y BERIZONCE, ROBERTO OMAR, *Legitimación para la defensa de los intereses difusos en XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, Fundación Editora Notarial, 1981, p. 793 y ss.; MORELLO, "Legitimación procesal de los colegios profesionales, de las organizaciones de protección de los consumidores y de defensa de los intereses difusos," *JA*, 1981-I, 707; TAWIL, *Administración y Justicia*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 74.

Pero cabe además preguntarse si en el caso de la mera denuncia, articulada en base a un interés simple, el denunciante tiene la facultad de interponer reclamación en queja por los defectos de tramitación que se cometan en su denuncia. La respuesta afirmativa se impone, pues si bien el denunciante tradicionalmente no tiene derecho en cuanto al fondo a que la denuncia sea resuelta la solución contraria fluye expresadamente del decr. 229/00. Tiene no sólo interés legítimo e incluso derecho subjetivo a que se la *tramiten* adecuadamente, pues según ya vimos no cualquier funcionario puede rechazar la denuncia y los funcionarios inferiores e intermedios tienen la obligación de elevar las denuncias que reciben a las autoridades competentes. Es derecho subjetivo a la resolución e interés legítimo en cuanto al fondo. En cuanto al trámite, entonces, no podría denegársele el derecho de articular la queja por defecto de tramitación de su denuncia.

6.2. Amparo por mora

Lo dicho respecto de la queja es aplicable al amparo por mora. El art. 28 del decreto-ley 19.549/72 expresa que “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar,” lo cual significa que también la legitimación para actuar en sede judicial por este medio de impugnación se guía por las reglas del procedimiento administrativo al cual funcionalmente sirve. Todo aquel que es *parte interesada* en un trámite administrativo puede accionar judicialmente por mora, sea en virtud de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. El amparo por mora tenía así en su origen y en el orden nacional, la muy interesante particularidad ser uno de los pocos supuestos en que está prevista expresamente la tutela judicial del interés legítimo.⁴⁴ Con la introducción de la tutela judicial de los derechos de incidencia colectiva por la Constitución reformada de 1994, aquella vieja solución ha quedado sin efecto.⁴⁵ Es más, ha podido decirse correctamente que “El administrado puede tener un derecho subjetivo o un interés legítimo respecto a lo que peticiona a la administración, pero tiene un derecho subjetivo a que ésta dictamine, informe, resuelva cuestiones de mero trámite o resuelva el fondo del asunto en los plazos fijados por la ley. Ello forma parte del derecho constitucional de peticionar a las autoridades.”⁴⁶ Siguiendo esta línea de razonamiento, cabe también señalar que si en el procedimiento administrativo

⁴⁴ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 195; HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 11; BARRA, “El amparo...,” *op. cit.*, p. 800.

⁴⁵ Es interesante señalar la evolución que ha tenido el pensamiento de otros autores, que en manera similar hoy ya admiten la tutela judicial del interés legítimo (no todavía de los derechos de incidencia colectiva), invocando para ello el derecho francés y español de antaño, aunque sin hacer mención a la actual norma constitucional argentina, que es más amplia aún: CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2010, comentario al art. 30, p. 471, último párrafo; en cambio en comentario al art. 29, p. 464, § 6.1, donde además tilda de “anómala” la legitimación constitucional del Defensor del Pueblo pero no objeta la legitimación de los derechos de incidencia colectiva, si bien su postura restringida al respecto es conocida.

⁴⁶ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 195.

existe una parte denunciante, esa parte denunciante (titular de un interés simple en cuanto al fondo, pero de un interés legítimo o incluso derecho subjetivo en cuanto a que la denuncia reciba un trámite adecuado) está, por intermedio de dicha norma, legitimada para interponer judicialmente el amparo por mora.⁴⁷

Más recientemente se ha legitimado, en materia de acceso a la información pública y a los fines de interponer judicialmente un amparo por mora de la administración, no solamente a los clásicos titulares de derechos subjetivos, intereses legítimos y derechos de incidencia colectiva, sino incluso a los titulares de intereses simples. Se trata del amparo por mora que corresponde al ejercicio del derecho reconocido en el art. 14, anexo VII, del decr. 1172/03. La equiparación surge de que la solicitud de acceso a la información puede ser planteada, en sede administrativa, por cualquier persona, conforme al art. 6° del anexo citado, lo que llevaría a una igual legitimación judicial para el correspondiente amparo por mora.⁴⁸

Se trata de una solución original, que privilegia el acceso a la jurisdicción,⁴⁹ aunque resta ver aún la realidad de su funcionamiento efectivo en la práctica: No ha de desconocerse que su base normativa es endeble pues se trata de un decreto y no de una ley por más que en el estado actual de nuestro derecho la distinción parezca crecientemente amenazada.⁵⁰

7. Legitimación pasiva. Órganos y entidades contra los que proceden

Tanto la queja como el amparo por mora siguen, en cuanto a cuáles son las entidades y órganos respecto de los cuales pueden ser articulados, el mismo ámbito de aplicación que la propia ley y reglamento de procedimiento administrativo.

⁴⁷ Conf. COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., comentario a los arts. 30 a 32, § 8.3.1 *in fine*, pp. 494-5. La CNFed. CA. ha aceptado la legitimación activa en el proceso de amparo por mora de quienes poseen un derecho subjetivo o interés legítimo: Sala II, *Luis y Gómez, LL*, 1996-A, 637, con nuestra nota “El interés legítimo en el amparo por mora,” reproducida en *Cien notas de Agustín*, op. cit., pp. 80-2; pero no quien invoca un interés simple: Sala I, *Verloy S.A.*, 19-V-95; Sala III, *Schemone, José Rodolfo*, 25-II-92; entre otros.

⁴⁸ CHIBÁN, NORA, “Reglamento general de acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional (Aprobado por el decreto 1172/03),” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, pp. 217-27, esp. p. 223; CANDA, FABIÁN O., “La legitimación en el procedimiento administrativo nacional,” AA.VV., *Procedimiento y proceso administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pp. 129-47, esp. p. 145.

⁴⁹ Ampliar en GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Sistemas de control jurisdiccional contencioso de la administración pública en la Europa continental,” en AA.VV., op. cit., p. 745.

⁵⁰ Ver GORDILLO y CAMPOLIETI, FEDERICO, “¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? un debate epistolar y generacional,” *LL*, 2006-F, 892; uno de los argumentos de CAMPOLIETI llevó a la misma conclusión a CASSAGNE, op. cit., pp. 25 y 26, “Balance final.” Ver también, en el mismo tema, MILJJKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en *LL, Sup. Adm.*, 2006 (diciembre), 59-61; YACOVINO, CECILIA, “Discurso y realidad: otra mirada sobre el debate GORDILLO-CAMPOLIETI,” en *Res Publica Argentina, RPA* 2007-1: 83-92, Buenos Aires, Rap, 2007, quien remite a “De la crisis del poder al poder de la crisis,” *Res Publica Argentina, RPA* 2005-1: 99-119, Buenos Aires, Rap, 2006; DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras o las palabras de la fuerza,” *RPA*, 2007-1: 90; nuestro art. “La constitucionalidad del eterno retorno,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-104. Ver también PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La postergación institucional,” *LL*, 2006-F 877.

7.1. *Queja*

En el caso de la queja, dado que ella se dirige ante el órgano *superior* de aquél que ha omitido el acto o realizado defectuosamente la tramitación, cabe interpretar que ella no procede cuando la conducta lesiva proviene del propio Poder Ejecutivo: no habría allí autoridad superior alguna a la cual dirigir la queja.

7.2. *Amparo por mora*

En el caso del amparo por mora, en cambio, la misma cuestión planteada en el punto anterior recibe necesariamente una respuesta distinta, pues es claro que la morosidad administrativa del *Poder Ejecutivo* queda también comprendida dentro de los supuestos de esta institución⁵¹ y con mayor razón de los ministros⁵² y el Jefe de Gabinete. Puede accionarse tanto contra la administración central como contra los entes autárquicos⁵³ y empresas del Estado.⁵⁴ Sobre esta primera extensión del amparo por mora no parecerían existir discusiones. Se ha admitido la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 28 del decreto-ley 19.549/72 al procedimiento administrativo del Poder Judicial de la Nación, en virtud de la falta de una normativa que contemple esta particular acción en relación a la función administrativa de dicho poder, resguardando de esta manera el derecho de peticionar ante las autoridades.⁵⁵ El amparo por mora derivado del art. 14, anexo VII, del decreto 1172/03, procederá en los supuestos enumerados en su art. 2.^o⁵⁶

7.2.1. *El amparo por mora contra sociedades del Estado*

Una primera lectura del art. 28, que se refiere al que fuere parte en un “*expediente administrativo*” y a que la “*autoridad administrativa*” hubiere dejado vencer los plazos sin realizar el comportamiento debido, puede llevar a la conclusión

⁵¹ Conf. HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 20; en contra GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 194, § 3.2.2, que excluye los actos del Presidente en base a que en caso de incumplimiento de la orden judicial de pronto despacho no cabría aplicarle a él la sanción disciplinaria propia de los funcionarios. Dicho argumento es refutado por HUTCHINSON, quien indica que en su lugar está el eventual juicio político por mal desempeño de sus funciones (p. 20); ello, sin perjuicio de su eventual responsabilidad penal por desobediencia a la orden judicial. Por su parte GAUNA también propone la denuncia ante el fuero penal, sin descartar —para el caso de ser preferible evitar esa vía— el acudir directamente al Congreso para la promoción del juicio político (*op. cit.*, p. 264.)

⁵² En esto conforme también GONZÁLEZ, *op. loc. cit.*

⁵³ Respecto a la inacción de la DGI o la Administración Nacional de Aduanas, unificadas en la AFIP mediante el decreto 618/97, existe la vía prevista por los arts. 182 y 183 de la ley 11.683. Sala A, 08-V-01, *Zaccardi y Cía., LL*, 2001-F, 250; GIULIANI FONROUGE, CARLOS M. y NAVARRINE, SUSANA CAMILA, *Procedimiento Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1995, 6ª ed., p. 733 y ss.

⁵⁴ BARRA, “El amparo...”, *op. cit.*, p. 800.

⁵⁵ JFed. CA N° 6, *Carmas SRL - ALMIR SRL - UTE*, 2-IV-03, en el cual el órgano demandado no formuló objeción a la procedencia del amparo por mora, aunque negó haber incurrido en mora administrativa, lo que fue rechazado por el magistrado.

⁵⁶ Ver CHIBÁN, NORA, “Reglamento general de acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional (Aprobado por el decreto 1172/03)” en UA, *Cuestiones...*, *op. cit.*, pp. 222-3.

de que p. ej. las sociedades del Estado no están alcanzadas por este instituto.⁵⁷ Sin embargo, pese al ámbito reducido que tales entes ocupan desde la reforma del Estado implementada por medio de las leyes 23.696 y 23.697, consideramos que no cabe excluir *ab initio* la procedencia del amparo por mora respecto de las sociedades del Estado y que su admisión resultaría pertinente cuando éstas, p. ej., de hecho o de derecho ejerzan funciones de tipo administrativo. La *ratio legis* es proteger al administrado contra la morosidad administrativa y si una entidad, cualquiera fuere su forma jurídica, ejerce en un caso concreto una potestad de índole administrativa, es lógico y coherente extenderle la protección que la ley confiere frente a tales atribuciones. Inclusive, durante la vigencia del art. 2° del decr. 9.101/72 (derogado por el art. 6° del decr. 1883/91 de reforma de procedimientos administrativos), algunos autores entendían que era factible aplicar supletoriamente el amparo por mora contra cualquier entidad descentralizada del Estado que realizara actividades comerciales o industriales, sin distinción alguna:⁵⁸ lo que no dejaba de ser una buena orientación.⁵⁹

8. Motivos de impugnación. Contra qué demoras u omisiones procede

El objeto que se puede perseguir con uno y otro medio de impugnación está estrechamente vinculado, como es lógico, a la conducta cuya realización u omisión la provoca y por cuya solución en consecuencia se reclama. Tales conductas se hallan a su vez calificadas por las normas pertinentes, que precisan los motivos de impugnación a que estos institutos pueden referirse.

8.1. Queja

Los motivos por los cuales se puede ocurrir en queja, a estar al art. 71 de la reglamentación, son dos: defectos de tramitación, *lato sensu*, e incumplimiento de plazos (excepto los referidos a la resolución de recursos.)

8.1.1. Defectos de tramitación

Este supuesto es de una gran amplitud, ya que permite argumentar no sólo el incumplimiento o defectuoso cumplimiento⁶⁰ de normas o principios, sino también la omisión de realizar trámites o dictar providencias que podrían ser *convenientes* para el esclarecimiento de los hechos o la resolución oportuna de la cuestión. En otras palabras, aunque determinada conducta no se encuentre reglada por una

⁵⁷ Así HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁸ BARRA, "El amparo...", *op. cit.*, p. 800.

⁵⁹ Así CNFed. CA, Sala III, *Amil, Andrés c. Y.P.F., LL*, 1982-C, 332 (1981), con nota de DOCOBO, "Las sociedades del Estado y el amparo por mora de la administración," *LL*, 1982-C, 331.

⁶⁰ P. ej.: foliatura indebida, giro incorrecto de las actuaciones, obstrucción al derecho a presentar escritos o controlar la prueba, negativa a dejar constancia de la presentación de escritos, tramitaciones innecesarias o dilatorias, requerimientos por parte de la administración de requisitos no solicitados por el ordenamiento jurídico, etc.: PTN, *Dictámenes*, 192: 24.

norma jurídica, si puede sostenerse que esa conducta constituye un defectuoso trámite de la cuestión, la queja es procedente en su aspecto formal.

8.1.2. *Incumplimiento de plazos*

Son tanto legales como reglamentarios; así p. ej., si la administración tiene fijado plazo para realizar determinado acto, en un contrato, circular interna, orden de un superior, acto anterior, etc., no por ello se habrá de interpretar que no se trata de un plazo “reglamentario” y por lo tanto la queja no procede; la queja procede siempre que se viole un plazo establecido en cualquier norma, incluidas las internas.⁶¹ El art. 71 excluye los plazos para la resolución de los recursos, en los que el particular tiene el silencio y el amparo por mora. No se entiende por qué se lo ha excluido, ya que constituye un defecto procedimental no resolver en plazo una cuestión.⁶² Si el defecto del cual el particular se agravia se expresa a través de un acto administrativo susceptible de ser recurrido, la queja que se interponga habrá de tramitarse como el recurso que en verdad es. Es decir, cuando se trata de la impugnación de un acto administrativo concreto, aunque éste contenga o constituya un defecto de tramitación, la vía procedente de impugnación es el recurso pertinente (reconsideración, jerárquico, alzada) pero no la queja. La queja no procede contra actos administrativos, sino contra hechos u omisiones: De allí que no se la califique “recurso.”⁶³

8.2. *Amparo por mora*

En el amparo por mora se pide al juez que ordene a la administración que “despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca,” lo cual se califica como “orden de pronto despacho.” Ello es procedente cuando la administración “hubiere dejado vencer los plazos” (y “en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable”), “sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado.” Nótese que no apunta el amparo por mora a que la administración se expida en cierto sentido, sino a que se expida en forma expresa, en el sentido que sea, en el plazo que se fije.⁶⁴

⁶¹ Ver *supra*, t. 2, cap. XIX, § 11, “Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales no debidas directamente al interesado;” t. 3, cap. II, § 4, “Los efectos jurídicos pueden ser relativos a particulares, a funcionarios o entes administrativos.”

⁶² Para una crítica del precepto ampliar en HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 66.

⁶³ Según explicamos *supra*, cap. III, § 3.2.1.

⁶⁴ Ver jurisprudencia citada en GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, p. 289, nota 802; coincide en esta jurisprudencia uniforme CASSAGNE, *op. cit.*, p. 466. El punto puede reputarse pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia. Y no ha recibido críticas, entre otras cosas, porque también hay coincidencia en que existe un medio un medio al menos, más eficaz para lograr un mejor resultado, como explicamos a continuación en el texto. Pero tampoco es ello obice al juicio favorable que merece el instituto: BRUNO DOS SANTOS, MARCELO, “La defensa de los derechos de los particulares en la vía reclamatoria ante el silencio de la administración. Breve repaso a casi diez años de la controvertida reforma de la ley 25.344,” *LL*, 2009-F, 1136.

De lo dicho se colige que, en el caso del amparo por mora del art. 14, anexo VII, decreto 1172/03, la eventual resolución del magistrado no podrá ordenar que se brinde (o no se brinde) acceso a la información, sino que se limitará a ordenar al organismo requerido que despache o resuelva el pedido de información dentro de un plazo. Pero hay otra solución más eficaz para este problema; ello no impide, por cierto, que tramite como amparo y en ese caso sí obtenga satisfacción al derecho de fondo.⁶⁵ Va de suyo que entos casos es mejor hacer directamente la acción de amparo, para obtener la información a que se tiene derecho de acceder.

Asimismo, cabe reparar en que el amparo por mora hoy es procedente en otro supuesto más, distinto de la literal mora administrativa, tal como puntualizara COMADIRA: Se trata del art. 12 del anexo VII del decreto 1172/03.⁶⁶ Pueden distinguirse varios supuestos de mora administrativa:⁶⁷

8.2.1. *Acto definitivo*

Si transcurre un plazo razonable o los plazos legales o reglamentarios existentes para que la administración resuelva el fondo de la cuestión planteada y ella no lo hace, es procedente el amparo por mora (y también el silencio de la administración que el interesado puede tomar como denegación tácita), pero no la queja. Aun no habiendo plazo previsto para el supuesto de que se trate,⁶⁸ el amparo por mora también procede “si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable.”⁶⁹ en este supuesto no procede la queja ni el silencio, sólo el amparo por mora.

8.2.2. *Acto interlocutorio o de mero trámite*

La omisión administrativa de dictar un acto interlocutorio o de mero trámite, una vez transcurridos los plazos existentes, hace procedente tanto el amparo por mora como la queja, pero no el silencio administrativo, que sólo está referido, en

⁶⁵ Ver GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, p. 289. Por aplicación del principio de *iura novit curia*, y por la trascendencia de los valores en juego cuando sólo se trata de acceder a la información, el magistrado puede reencuadrar el amparo por mora en una acción de amparo enderezada a obtener acceso a la información o bien en una cautelar autónoma con ese objeto. Una encomiable interpretación permitió el reencuadre de una diligencia preliminar en una pretensión autónoma de acceso a la información: CNFed. CA, Sala IV, *Asociación del Personal Legislativo*, 3-VI-04, *RDA*, 52: 285-7, Buenos Aires, 2005, con nota de GILARDI MADARIAGA DE NEGRE, CECILIA, “Derecho de acceso a la información pública,” pp. 287-91. En el caso, la diligencia preliminar en sede judicial fue iniciada después que la demandada omitiera despachar la presentación y la carta documento de la asociación.

⁶⁶ Ver COMADIRA, “Procedimiento administrativo y participación ciudadana,” § 4.4.2., en www.eldial.com

⁶⁷ Un precedente sugiere que a la administración le está vedado resolver, con lo cual no sería procedente el amparo por mora: CNFed. CA, Sala I, *Enriques, Luis A.*, *LL*, 1996-E, 86 (1995), con nota de MONTI y VIEITO FERREIRO, MABEL, “El amparo por mora de la Administración y la obligación de resolver,” *LL*, 1996-E, 85.

⁶⁸ Observa HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 62, que en verdad por el art. 1º, inc. e) del decreto-ley, siempre hay un plazo fijado.

⁶⁹ Art. 28.

principio, a resoluciones sobre el fondo. Si no hubiere plazo fijado, la queja procede en tanto se pueda considerar que la omisión es “un defecto de tramitación” y el amparo por mora cuando ella excediese de un plazo razonable.

8.2.3. *Respuesta ambigua, parcial o inexacta*

El art. 12 del anexo VII del decreto 1172/03 establece que “si una vez cumplido el plazo establecido [...] la demanda de información no se hubiera satisfecho o si la respuesta a la requisitoria hubiere sido ambigua, parcial o inexacta, se considera que existe negativa en brindarla, quedando expedita la acción prevista en el artículo 28 de la Ley N° 19.549 y modificatorias.” De este modo, se podrá iniciar un amparo por mora no solo por mediar mora (pedido no satisfecho) en la resolución por el fondo, sino también por haberse producido alguna de las respuestas evasivas (información ambigua, parcial o inexacta) enunciadas en la norma.

8.2.4. *Actos no productores de efectos jurídicos directos*

Cuando la administración omite realizar en término un informe o dictamen, o emanar otro acto análogo no productor de efectos jurídicos directos, también son procedentes tanto la queja como el amparo por mora, pero no el silencio de la administración. En el caso del amparo por mora, el art. 28 se refiere al caso que la administración no emita “el dictamen” pertinente, expresión que consideramos utilizada en sentido genérico y que abarca en consecuencia también a los informes administrativos.⁷⁰ Por lo demás, es obvio que en el caso del dictamen, puede tratarse tanto de un dictamen obligatorio vinculante, semivinculante o no vinculante.⁷¹ En la hipótesis de un dictamen potestativo, entendemos que si la administración no lo requiere no podría exigirse su producción mediante el amparo por mora; en cambio, si la administración ha requerido a un órgano asesor la emisión de un dictamen, aun siendo potestativo de ella hacerlo o no, ese requerimiento torna ya obligatoria su producción y la omisión de hacerlo por parte del órgano de que se trate abre la vía del amparo por mora.

8.2.5. *Reglamento*

Si la ley impone a la administración, p. ej. al Poder Ejecutivo, el deber de dictar un reglamento en determinado plazo y la administración no cumple con su obligación legal en término, también los interesados pueden ocurrir ante la justicia mediante el amparo por mora, pidiendo que se ordene a la administración cumplir con su deber en el término que se fije.⁷² Cabría discutir en este caso si

⁷⁰ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 193; HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 20: “[...] la enumeración es simplemente enunciativa y que deben incluirse también los informes y cualquier otra medida preparatoria.”

⁷¹ Según la distinción que explicáramos *supra*, t. 1, cap. X, § 4.2, “Actos no jurídicos.”

⁷² Ampliar en HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 20. En contra CREO BAY, *Amparo por mora de la Administración pública*, *op. cit.*, 2ª ed., cap. IV, secc. E), § 52, pp. 69-71.

es necesario acreditar el carácter de parte de un “expediente administrativo,” presentándose entonces previamente a la administración para pedirle que dicte el reglamento omitido, o si es suficiente con la acreditación judicial de tener un interés legítimo en la cuestión y el hecho objetivo de la demora respecto del plazo legal. Dado que el plazo para dictar el reglamento no nace con la presentación del interesado sino con la publicación de la ley, la solución es admitir la interposición del amparo por mora de toda persona que tenga un interés legítimo, esté o no presentada en la administración alguno. Claro está una forma de obviar la cuestión es presentarse de todos modos en sede administrativa, pidiendo el dictado del reglamento omitido y ante la falta de dictado de éste en un lapso adicional cualquiera (pues no se está cumpliendo con un requisito de plazo ni de requerimiento de pronto despacho, sino acreditando el carácter de *parte* en un *expediente*), articular el amparo por mora.

8.2.6. *Informe*

Si la ley impone a un órgano de uno de los poderes del Estado el deber de producir un informe en determinado plazo y no se cumple con su producción en el plazo, ¿pueden los interesados ocurrir ante la justicia mediante el amparo por mora, pidiendo que se ordene cumplir con esa omisión en el término que se fije?⁷³

Nuevamente, cabría discutir en este caso si es necesario acreditar el carácter de parte de un “expediente administrativo,” presentándose solicitando la producción del informe, o si es suficiente con la acreditación judicial de tener un interés legítimo en la cuestión y el hecho objetivo de la demora respecto del plazo legal.

En el supuesto mencionado, el plazo para la producción del informe está fijado en la ley. La solución teórica parecería ser la de admitir la interposición del amparo por mora de toda persona que tenga un interés legítimo. Por ende, el administrado podría presentarse ante el órgano que debe producir el informe pidiendo la generación del mismo y ante la subsecuente omisión en un lapso adicional cualquiera (pues no se está cumpliendo con un requisito de plazo ni de requerimiento de pronto despacho, sino acreditando el carácter de *parte* en un *expediente*), articular el amparo por mora.

Ahora, más allá de la certeza sobre la demora, ¿se estaría ante un caso justiciable, o se trataría de una mera cuestión no vinculante del plano interorgánico, ajena a los administrados, en el marco de la cual se puede desobedecer una

⁷³ Este es el caso del art. 3° de la ley 25.972, que establece: “La Comisión Bicameral de Seguimiento creada por el artículo 20 de la Ley N° 25.561 y sus modificatorias, y el Poder Ejecutivo nacional deberán producir al 30 de junio de 2005, un informe conjunto relativo a la evolución del estado de emergencia declarado en el artículo 1° de dicho cuerpo legal.” Más recientemente, la ley 26.077 establece en su art. 6°: “La Comisión Bicameral de Seguimiento creada por el artículo 20 de la Ley N° 25.561 y sus modificatorias deberá producir al 30 de junio de 2006 un informe relativo a la evolución del proceso de salida del estado de emergencia declarado por la citada ley.” Ya hemos señalado en diversos lugares la opinión que el uso de la emergencia le merece a la doctrina argentina más calificada.

manda legal y al así hacer no producir efecto alguno hacia los administrados? Ciertamente, si el mantenimiento de una situación de excepción (como puede ser la emergencia) y su cesación se vinculan al informe (y esta parece ser una forma de dotar de mínima racionalidad a una declaración legislativa), y si aquélla se da por no cesada o se declara prorrogada sin mediar producción del informe, los derechos subjetivos afectados por su mantenimiento parecerían revestir al planteo de suficiente intersubjetividad a efectos de incoar un amparo por mora.

Otra forma de evitar la calificación de caso interorgánico podría surgir, además, del anexo VII del decreto 1172/03: Se podría solicitar el acceso a la información contenida en el mentado informe, que se presume producido a la fecha establecida en la ley, y el particular alcance que el art. 14 de dicho anexo otorga al amparo por mora posibilitaría que, en caso, de no darse acceso al contenido del informe en sede del órgano respectivo, se instara, judicialmente, el acceso al mismo en forma cierta, íntegra y cierta en el plazo que se fije.

9. Plazo y trámite de la queja

Trataremos en este punto lo atinente a la presentación y trámite de la queja y en el siguiente lo pertinente al amparo por mora, porque pensamos que ya no presenta interés efectuar otras comparaciones directas entre ambos institutos: sus procedimientos específicos son en verdad demasiado disímiles como para que sea valioso destacar las diferencias.

9.1. Plazo de interposición

Según lo hemos explicado, las normas del reglamento de trámite administrativo no contemplan plazo para su interposición; siguiendo el principio sentado hace muchos años por LINARES, de que no corresponde crear por interpretación analógica plazos para interponer recursos,⁷⁴ consideramos inevitable la conclusión de que no existe plazo para hacerlo,⁷⁵ siempre que no se halle ya resuelta la cuestión de fondo que se debatía en el procedimiento en el cual el defecto se cometió.⁷⁶

9.2. Trámite

El segundo párrafo del art. 71 dispone que “La queja se resolverá dentro de los cinco días, sin otra sustanciación que el informe circunstanciado que se requerirá, si fuere necesario. En ningún caso se suspenderá la tramitación del procedimiento

⁷⁴ LINARES, “Términos para recurrir a la justicia administrativa fijados por analogía,” *op. cit.*, a quienes hemos seguido; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, 5ª ed. act., pp. 705-6.

⁷⁵ En contra HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 73, quien aplica por analogía el plazo residual de diez días fijado por el art. 1º del decreto-ley para vistas y traslados.

⁷⁶ En esto conf. HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 72; ello, sin perjuicio de que el defecto de procedimiento puede luego argumentarse como una causal de nulidad del acto administrativo dictado en su consecuencia, por indefensión, vicio grave de procedimiento, etc.

en que se haya producido y la resolución será irrecurrible.”⁷⁷ Esta última parte referida al requerimiento de un informe circunstanciado del inferior puede en verdad resultar, en la práctica, distorsionadora de la finalidad y función de la queja; en efecto, si el superior remite las actuaciones con la queja al inferior, de hecho pierde todo control del trámite y el quejoso quedará nuevamente a merced de la propia autoridad contra la cual interpuso la queja. Aun si el superior fija un plazo para que el inferior produzca el informe, siempre tiene este último la posibilidad material de excederse de dicho plazo, sin que el interesado tenga otro remedio que insistir en la queja, si es que logra ver las actuaciones y enterarse de que el superior remitió al inferior el expediente fijándole un plazo que el inferior no cumple. Si el superior no recaba el señalado informe del inferior, debe decidir dentro de los cinco días hábiles de interpuesta la queja; en el caso de haber recabado tal informe, el plazo de cinco días para la decisión de la queja ha de contarse a partir de la fecha fijada al inferior para producir su informe, sea que lo haya hecho o no en término. Si el superior se excede del plazo fijado para tomar la decisión, es a su vez procedente la queja contra su conducta omisiva, esta vez ante el siguiente superior jerárquico; ello, sin perjuicio de que en lugar de la queja, tanto ante él como ante el siguiente superior, procede igualmente el amparo por mora según lo venimos explicando en el presente capítulo.

La decisión que se adopte en la queja es irrecurrible en sede administrativa, conforme lo dispone la última parte del citado art. 71.

10. *Plazo y trámite del amparo por mora*

10.1. *Plazo*

El art. 28 no fija plazo alguno para interponer el amparo por mora, lo cual es lógico atento que se trata de accionar contra una conducta omisiva.

10.2. *Procedencia prima facie de la acción y requerimiento de informe a la administración. Inapelabilidad*

El tercer párrafo del art. 28 se refiere a dos situaciones: la procedencia formal del amparo por mora y el pedido de informes que el juez hará a la administración. El artículo establece que “Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable.” Una primera cuestión relativamente superficial de redacción del art. es si el “y si lo estimare pertinente” se refiere a la primera frase o a la

⁷⁷ Compárese con el primitivo texto, anterior a la reforma del decr. 1881/91, que establecía: “La queja se resolverá dentro de los cinco días, sin otra sustanciación que el informe circunstanciado que se requerirá del inferior, *procurando evitar la suspensión del procedimiento principal.*” Se advierte que en la actual normativa, la imposibilidad de suspender el trámite resulta indubitable y categórica.

segunda. En el primer supuesto, sería facultativo para el juez admitir o no la procedencia formal *prima facie* del amparo por mora, pero una vez admitida su procedencia formal, sería en cambio obligatorio requerir de la administración su informe. Creemos que ésta es la interpretación adecuada.

El sentido común, en efecto, indica que el juez no puede razonablemente pronunciarse en su sentencia sobre la mora de la administración, sin antes oír su informe sobre las causas de la misma; surge de allí que, admitida procesalmente la acción, el requerimiento del informe es obligatorio para el juez.⁷⁸ Por su parte, en lo relativo a la admisibilidad o inadmisibilidad *prima facie* de la acción, a los efectos de requerir el señalado informe, también parece claro que el juez no está obligado a requerir el informe y dar así curso inicial a la demanda, si ésta primero no reúne a su juicio las causales de procedencia determinadas en el art. 28. La referencia de la norma a las “circunstancias del caso” se refiere a las circunstancias temporales de la mora aducida; en otras palabras, el juez verifica conforme a la documentación acompañada por el actor si han transcurrido o no los plazos indicados en las disposiciones vigentes, o en caso de no haberlas si ha transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin que se haya emitido el informe, dictamen, trámite, resolución, etc., pendiente de producción⁷⁹ y sólo entonces requiere el informe a la administración. Surge de lo expuesto que si el juez no admite la procedencia *prima facie* de la acción de amparo por mora, por no estar reunidos los elementos de hecho que autorizan su procedencia (básicamente, porque no han transcurrido los plazos pertinentes, a estar a la propia documentación aportada por el actor), en un sólo acto así lo declara y no requiere por lo tanto el informe a la administración. Si, al contrario, el juez considera *prima facie* viable la acción, es obvio que ha de ser en ese mismo acto que requerirá de la administración que ésta le informe sobre las causas de la demora.

Si se advierte que difícilmente podrá darse en la práctica el supuesto de que alguien intente el amparo por mora sin que hayan transcurrido los plazos legales o

⁷⁸ HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 12, quien agrega: “El informe que se requiere de la autoridad administrativa no constituye un acto procesal previsto sólo en resguardo de la administración, sino que lo ha sido especialmente como medio informativo para el juez, de allí que su agregación a los autos fuera del término que se hubiera fijado al efecto, no acarrea la nulidad de lo actuado.” En igual sentido CREO BAY, “La reforma...,” *op. cit.*, pp. 1202-3, quien agrega que la omisión de requerirlo ocasiona la nulidad de la sentencia. En contra COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, comentario a los arts. 28 y 29, § 8.6, p. 497, para quien es facultativo: “Una vez analizada la procedencia de la acción, si lo estima pertinente, el juez requerirá a la autoridad administrativa que informe.” Comp. CASSAGNE, *op. cit.*, p. 465, § 7 y p. 468, § 9.

⁷⁹ BARRA, “El amparo...” *op. cit.*, p. 802. Dice a su vez HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 11: “¿Cómo debe acreditar el particular estas circunstancias? Pensamos que no debe ser el juez demasiado estricto, basta con que se acredite *prima facie* la existencia de la situación de mora administrativa (p. ej., copia del escrito presentado en sede administrativa, con fecha y constancia de recepción). Si de dicha acreditación surge una situación de duda, corresponde que el juez dé curso a la petición, ya que la misma tenderá a dilucidarse con el informe, que a manera de una diligencia preliminar, debe requerirse a la administración.” En igual sentido destaca CREO BAY que la inadmisibilidad debe ser manifiesta y que en la duda el juez debe admitir la acción: “La reforma...” *op. cit.*, pp. 1202-3 y las referencias de su nota 3.

reglamentarios para que la administración realice el trámite o dicte la resolución interlocutoria o de fondo requerida, se concluye que en la totalidad de los casos nos encontraremos entonces con un sólo y único acto en el cual el juez admitirá la procedencia *prima facie* de la acción de amparo por mora y requerirá el informe a la administración. Tiene así sentido práctico y real el siguiente párrafo del mismo artículo cuando señala que “La decisión del juez será inapelable.”

No cabe entonces preguntarse si esta frase se refiere a la primera decisión (admisibilidad *prima facie* de la acción) o a la segunda (requerimiento consecuente del informe administrativo), ya que parece inevitable que ambas decisiones se fusionen en la realidad en una sola; nos parece así que la única conclusión interpretativa que cabe es que la inapelabilidad allí establecida se refiere a los dos aspectos de la referida decisión,⁸⁰ como así también a cualesquiera otros que el juez resolviera introducir en la misma. Ello no excluye la procedencia de otros recursos ante el mismo juez.⁸¹ En otras palabras, si dicha decisión del juez resuelve p. ej. requerir a la administración —como es de práctica— el envío de las actuaciones administrativas pertinentes al juzgado, ese aspecto de la decisión es igualmente inapelable para la administración. Si en el mismo acto el juez dispusiera también determinadas medidas cautelares⁸² destinadas a asegurar o preservar el resultado u objeto de la litis, p. ej. ordenando la realización de alguna conducta enderezada a posibilitar la realización de la decisión pendiente de adopción, entendemos que la regla de inapelabilidad antes mencionada alcanza igualmente de modo integral al referido auto judicial. Tampoco es apelable, por

⁸⁰ *Hiram Walker S.A.*, CNFed. CA, Sala II, *LL*, 1979-B, 487, año 1978, con nota de PEARSON, “¿Es apelable o inapelable la sentencia final del amparo por mora de la Administración Pública Nacional?,” CREO BAY, “La reforma...,” *op. cit.*, p. 1203. Por lo demás y como dice HUTCHINSON, “La administración no puede apelar sobre la admisibilidad formal de la petición, desde que lo único que se le impone a ella en ese momento es informar acerca de la demora y la solicitud de un informe no causa agravio” (*op. cit.*, p. 14, nota 27.) En el nuevo Código Procesal Administrativo de la provincia de Buenos Aires se consagra el principio de la irrecurribilidad. Sólo se admite la reposición contra la sentencia definitiva (ver art. 76 *in fine*, ley 12.008, modif. por ley 13.101.) Sobre el estado de la cuestión en la jurisprudencia bonaerense, ver OROZ, MIGUEL H. E., “La sentencia en el amparo por mora y su inapelabilidad,” *LL*, 2004-D, 663 y “La sentencia definitiva en el amparo por mora finalmente el apelable,” *JA*, 2004-IV, 191.

⁸¹ Reposición y aclaratoria (HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 14.) No procede el recurso extraordinario, por tratarse de una cuestión procesal no definitiva. Sin perjuicio de ello, no podrían soslayarse las disidencias de MOLINÉ O’CONNOR, PETRACCHI y BOGGIANO, en la causa *V.H.A. Empresa Constructora y otros c. Entidad Binacional Yaciretá*, *LL*, 1997-B, 378, año 1996. La acción se había promovido con invocación de los arts. 10 y 28 del decreto-ley 19.549/72, ante el transcurso de los plazos para la firma del contrato respectivo y el silencio ante diversos requerimientos efectuados por los actores; en primera instancia se hizo lugar al amparo por mora, pero la Sala III de la CNFed. CA revocó la decisión del inferior. En las disidencias se consideró que el recurso extraordinario resultaba formalmente admisible, más por hallarse en tela de juicio la interpretación de un tratado internacional y configurarse el supuesto previsto en el art. 14, inc. 3° de la ley 48, entrando a considerar el fondo de la cuestión. El voto de la mayoría desestimó el recurso, por entender no configurado el requisito de la sentencia definitiva.

⁸² Ver, en general, GUGLIELMINO, OSVALDO, “Medidas cautelares contra la administración,” *Actuación en el Derecho Público*, 13: 78-105, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.

supuesto, lo relativo al plazo que el juez fije a la administración para producir su informe,⁸³ a las modalidades que disponga debe reunir dicho informe, al órgano u órganos que determine deben evacuar tal requerimiento, etc.⁸⁴

No obstante lo expuesto, cabe señalar que la jurisprudencia ha sido cambiante. La última vigente a la época de entrada a imprenta esta edición es que resulta apelable “la sentencia que resuelve el fondo de la cuestión,” pero no la providencia “acerca de la procedencia de la acción y el consecuente requerimiento a la autoridad administrtriva.”⁸⁵

10.3. *El informe administrativo*

Lo expuesto lleva a que la administración al contestar el informe aun no es parte en el juicio⁸⁶ y puede todavía, por lo tanto, satisfacer el requerimiento del peticionante sin incurrir en costas.⁸⁷ Si al contestar el informe no acompaña junto con las actuaciones el trámite o decisión omitida, entonces de allí en más en caso de librarse la orden de pronto despacho inevitablemente deberá ser condenada en costas. En la mayor parte de los casos la mora es normal en la administración y difícilmente podrá darse el caso de que el informe alegue que la mora no existe; a lo sumo dirá que es justificada por las circunstancias del caso o la propia complejidad de la estructura burocrática o de la tramitación administrativa. Que tales excusas sean ciertas y sinceras no significa en cambio que sean *atendibles*⁸⁸ o *justificables*, ya que equivaldrían tanto como admitir que la propia torpeza en organizar y tramitar los asuntos administrativos justifica el incumplimiento de las normas legales sobre términos en el procedimiento. Por ello entendemos que tales razonamientos normalmente no deben tener receptividad en el ámbito jurisdiccional y efectivamente no la tienen.

Por lo demás, la administración no puede, a nuestro juicio, en dicho informe, introducir cuestiones o planteamientos procesales: La función que la ley le acuer-

⁸³ HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 14.

⁸⁴ Debe tenerse presente lo que explicamos *infra*, § 10.3, “El informe administrativo” y 10.4, “La unilateralidad inicial del proceso y las costas.”

⁸⁵ CASSAGNE, *op. cit.*, p. 468 y jurisprudencia que cita en notas 20 y 21, vigente desde 1985, que también citamos desde anteriores ediciones, ahora en las notas siguientes, 98 a 100, y correspondiente texto y bibliografía. Nos parece una solución disvaliosa, que atenta contra la finalidad de la institución, que es precisamente terminar con la mora administrativa. Desde 1985 se agrega una segunda instancia, lo que no es ciertamente favorable a tal finalidad. Ni tampoco hay motivo alguno para darle esta impropia doble instancia a la administración, cuando sólo se trata de que decida en un plazo razonable o en el que marcan las normas.

⁸⁶ HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁷ En contra BARRA, “El amparo...,” *op. cit.*, p. 802, quien considera que las costas deben igualmente imponerse si la mora existía objetivamente al momento de interponerse la demanda. Por excepción, pensamos que la imposición de costas sí procede en el supuesto que analizamos en el § 10.7, “El amparo por mora en el caso de vista de las actuaciones,” por encontrar que allí el amparo por mora funciona en verdad como un amparo común.

⁸⁸ Conf. COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 28 y 29, § 8.6 *in fine*, p. 498.

da en el amparo por mora se limita a brindar al juez elementos de juicio para que éste decida. No sólo no puede, pues, apelar el auto que le ordena producir el informe, sino que tampoco puede ofrecer pruebas (sí desde luego acompañar la documental de las actuaciones administrativas en su poder, lo que además *debe* hacer), oponerse a la procedencia formal de la acción (aspecto éste también decidido con carácter inapelable por el juez), o a su procedencia de fondo, etc. Lo único que puede hacer, si lo considera pertinente, es argumentar sobre la demora y eventualmente sobre las tramitaciones que es necesario aun realizar y el plazo que puede ser necesario al efecto. El art. 28 tampoco contempla otras medidas probatorias a ser realizadas dentro del marco de esta acción, fuera de la documental que acompañe el accionante y la que produzca con su informe la administración, con más el expediente administrativo que ésta aportará al juzgado. Por ello continúa el art. señalando que “Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora.” En otras palabras, la norma no prevé la realización de ningún trámite procesal intermedio entre la evacuación del informe (o el vencimiento del plazo) y la resolución; ello, para el supuesto relativamente normal de que efectivamente la mora exista conforme la documentación obrante en los autos y la única controversia posible sea entonces acerca de la mayor o menor justificación que la demora pueda ofrecer a criterio de la administración y del juez (va de suyo que para el actor la demora es injustificable, como lo prueba precisamente accionando por mora.) En aquellos casos más excepcionales en que el debate no se plantee ya sobre la justificación sino sobre la existencia misma de la mora, cabe distinguir distintos supuestos:

10.3.1. Que la mora surja de la documentación acompañada por la actora y que la administración niegue tal mora pero no acompañe las actuaciones administrativas de las cuales surgió la alegada inexistencia de mora. En este caso no puede premiarse la falta de colaboración procesal en enviar las actuaciones con una presunción a su favor: Al contrario, el no acompañamiento de las actuaciones ha de interpretarse como una presunción en su contra, de que la mora efectivamente existe y es además injustificada.⁸⁹ En este supuesto consideramos que cabe expedir la orden de pronto despacho.

10.3.2. Que la administración niegue lisa y llanamente toda la documentación aportada por la actora, “por no constarle” y no acompañe tampoco las actuaciones administrativas, manifestando en suma total desconocimiento sobre los hechos y la documentación, el caso, etc.

⁸⁹ En cambio BARRA, “El amparo...,” *op. cit.*, p. 802, nota 21, propone en tal caso ordinarizar el amparo, admitiendo entonces la producción de prueba por el actor. No creemos que esta solución sea viable, ya que el actor lo más que puede razonablemente hacer es acompañar la constancia de lo que él reclamó o petitionó; esto es suficiente para poder decidir sobre la mora si la propia *administración* no demuestra que ya decidió, informó, etc., lo que debía.

Creemos que es una variante de la hipótesis anterior: El juez debe librar igualmente la orden de pronto despacho, pues nada impide a la administración pronunciarse sobre la petición del actor, rechazándola si así corresponde.

10.4. *La unilateralidad inicial del proceso y las costas*

Suscribimos la idea que el procedimiento, en esta primera etapa previa al libramiento de la orden de pronto despacho, es unilateral⁹⁰ y que sólo adquiere carácter bilateral a partir del momento en que se emite la orden de pronto despacho.

Esta afirmación provoca alguna incertidumbre frente al hecho de que en la práctica funciona la condena en costas a la administración. Según un primer punto de vista, la condena en costas es incompatible con tal unilateralidad y cabe entender que al no estar prevista no es procedente;⁹¹ pero también puede estimarse que la condena en costas se impone a la administración por no haber resuelto lo atinente a la mora juntamente con la producción del informe.⁹²

Dicho en otras palabras, si la administración recibe una orden judicial para informar acerca de las causas de la mora en determinado asunto y tal mora efectivamente existe y no tiene justificación alguna suficiente, lo lógico es que la administración corrija su conducta morosa y cumpla con su omitido deber de trámite o de fondo en el tiempo que le queda para informar al juez. De tal modo y con un poco de celeridad y eficacia que compense siquiera tardíamente la previa morosidad, puede la administración informar al juez que la resolución o trámite requerido por el accionante *ya ha sido cumplido* al tiempo de evacuar el informe. Que haya sido cumplido posteriormente a la interposición de la acción de amparo, nada importa, pues en último análisis da satisfacción al derecho que la ley quiere tutelar, de que el administrado cuente con la decisión o trámite que le corresponde. Este tardío pero todavía diligente accionar administrativo puede razonablemente eximirlo de las costas en el amparo por mora,⁹³ si bien sobre este

⁹⁰ HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 15.

⁹¹ HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 12. En la Prov. de Buenos Aires, la SCBA aplicaba el art. 25 de la ley de amparo 7.166, que establece el principio de costas a la vencida; ahora el principio sentado en el art. 51 de la ley 12.008, modif. por la ley 13.101, es el de costas por su orden.

⁹² Ver CNCiv., Sala B, LL, 1995-D, 307, *Donati*, con nuestra nota "Amparo por mora y derecho a una decisión fundada," LL, 1995-D, 306, reproducida en *Cien...*, *op. cit.*, § 6, p. 42. En este caso la municipalidad se agravia de la imposición de costas, a lo que el Tribunal responde: "cabe señalar que la naturaleza unilateral del trámite del amparo por mora no obsta a tal condena, toda vez que la promoción del mismo se debió al retardo en que incurriera aquella entidad, circunstancia que obligó al actor a acudir a esta sede judicial."

⁹³ Conf. COMADIRA: "el amparo por mora es concebido como una suerte de amparo [...] procede acudir, para la resolución de las cuestiones no previstas en la normativa específica, a la aplicación analógica de la legislación general vigente en materia de amparo, [art. 14 del decreto-ley 16.986/66]," *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 28 y 29, § 8.8, pp. 499 y 501. En cambio BARRA, "El amparo...", *op. cit.*, p. 803, punto C.2) sostiene que ello no la exime de las costas, pues ha de juzgarse si existía objetivamente situación de mora al momento de interponerse la demanda. Comp. MAIORANO, JORGE L., "Las costas en el amparo por mora," LL, 1989-B, 407, nota *in re Gatto*), Sala IV de la CNFed. CA, LL, 1989-E, 287, año 1988.

punto hay jurisprudencia que se ha inclinado por hacer cargar al Estado con las costas derivadas de haber tenido que iniciar la acción judicial.⁹⁴

En cambio, si la administración en lugar de solucionar la mora se limita a argumentarla, pretender justificarla, negarla, etc., sin hacer nada positivo respecto de ella, es esta conducta procesal la que puede y debe razonablemente ser sancionada con la condena en costas. Costas que son no por el modo de contestar el amparo por mora,⁹⁵ sino por el modo de comportarse respecto a la mora misma luego de conocida la acción.

10.5. Orden de pronto despacho. Apelabilidad

Evacuado el informe o vencido el plazo para hacerlo, el juez resolverá lo pertinente⁹⁶ acerca de la mora. Teóricamente, puede ocurrir que la administración dé explicaciones satisfactorias de la demora y que el juez estime que no corresponde fijar plazo a la administración para que proceda al dictado de la resolución o trámite pendiente. Pero parece en verdad difícil, en la práctica, que si materialmente ha existido la demora, el juez no considere que tiene en verdad el deber de determinar cuál es el plazo legal, o en su defecto fijar *algún* plazo para que la administración resuelva o realice el trámite omitido.⁹⁷ Por más justificada que pueda estar la demora, nunca podrá estarlo tanto para el pasado como para el futuro, de modo que el juez le tolere de hecho un plazo verdaderamente infinito para realizar la conducta omitida: Sea cual fuere la circunstancia de hecho, el juez puede y debe fijar algún término, amplio y generoso si ello es necesario, pero término al fin, para que la administración cumpla con el trámite o decisión omitida.

Así como la norma general pudo establecer plazos para la decisión, así también puede el juez adecuar la norma a las circunstancias de cada caso y emitir la orden de pronto despacho contemplando tales circunstancias, confiriendo según decimos plazos amplios si así lo requieren los hechos y constancias de las actuaciones. Ello, para el supuesto no común en que la mora esté justificada; cuando la mora en cambio no esté justificada, la orden de pronto despacho no puede fijar entonces plazos demasiados amplios, so pena de estar indirectamente violando la propia norma general que fijó el plazo primigenio dentro del cual la administración debió pronunciarse y no lo hizo. Por lo general los jueces suelen fijar el plazo de quince

⁹⁴ Conf. CNFed. CA, Sala I, *De Abreu de Beronio, LL*, 1989-E, 287, año 1988, con nota de TAWIL, "La imposición de costas en el proceso de amparo por mora: una perspectiva distinta," *LL*, 1989-E, 286. Esa es la posición de ambas Salas de la CCaYT CABA: ampliar en GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, secc. IX, § 2, pp.302-3; JUAN LIMA, FERNANDO E., "*Costas*," en BALBÍN (dir.), *op. cit.*, título II, cap. VIII, comentario al art. 62, § 4.3.2, pp. 236-9; VICENTI, "Amparo por mora...", *op. cit.*, § VI, p. 495; CARRANZA TORRES, "Sobre la naturaleza...", *op. cit.*, § IV.

⁹⁵ Ciertamente, una administración responsable reacciona con diligencia ante el requerimiento judicial, resolviendo en cuanto al fondo y acompañando copia de dicha decisión, todo en el plazo fijado para contestar el informe, lo cual satisface el objeto de celeridad procesal.

⁹⁶ Es clara la amplitud de las facultades que así la ley confiere al órgano jurisdiccional.

⁹⁷ Conf. BARRA, "El amparo...", *op. cit.*, p. 803, punto C.1), quien agrega que en este caso las costas deben ser por su orden.

días hábiles —tres semanas enteras— lo cual parece razonable, incluso tomando en cuenta la propia lentitud administrativa normal. La sentencia⁹⁸ que dicta el juez, otorgando o no la orden de pronto despacho, es apelable en cuanto resuelve sobre la existencia o inexistencia de la mora,⁹⁹ conforme lo tiene resuelto la CNFed. en el plenario *Transportes de Caudales Zubdesa*,¹⁰⁰ que vino a abandonar la doctrina del anterior plenario *Esperanza*.¹⁰¹

En cuanto al fondo, el juez debe igualmente librar la orden de pronto despacho si la administración al contestar su informe pretende excusarse de la demora diciendo que en verdad ya decidió, negativamente, por silencio: ello implica desconocer el derecho que le asiste al interesado a una decisión expresa, de cuyos fundamentos pueda a su vez sacar conclusiones y razonamientos para su caso. El silencio es una opción que la ley acuerda al interesado, no a la administración,¹⁰² aunque para él no deja de tener significado jurídico cuando, p. ej., deja pasar en silencio el término para recurrir.

10.6. *Cumplimiento de la sentencia. Astreintes*

Para el supuesto de que la administración tampoco cumpla con la orden judicial de pronto despacho, pensamos que es perfectamente viable la aplicación de sanciones conminatorias o *astreintes* contra la administración¹⁰³ y desde luego también contra los funcionarios administrativos, pues la norma del tercer párrafo del art.

⁹⁸ BARRA, “El amparo...,” *op. cit.*, p. 802; HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 16; CREO BAY, “La reforma...,” *op. cit.*, p. 1202.

⁹⁹ En cambio, se ha resuelto que puede ser apelada por otros aspectos, tal como lo tiene fallado la Sala III de la CNFed. CA, *Amil, Andrés c. Y.P.F., LL*, 1982-C, 332 (1981), con nota de DOCOBO.

¹⁰⁰ CNFed. CA, en pleno, *Transportadora de Caudales Zubdesa S.A. c. Ferrocarriles Argentinos, LL*, 1985-C, 511, con nota de CREO BAY, “La apelabilidad de las sentencias dictadas en los amparos por mora de la administración y el final de una polémica.”

¹⁰¹ CNFed. CA, en pleno, *Esperanza, Dominga E. c. ENTel, LL*, 1981-A, 180, año 1980, con nota en contra de CREO BAY, “La menor cuantía...,” *op. cit.* Conf. con el plenario, anteriormente HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 15; BARRA, “El amparo...,” *op. cit.*, p. 803; CREO BAY, *La reforma...*, *op. cit.*, p. 1203; actualmente COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 28 y 29, § 8.9, p. 501; comp. CNFed. CA, Sala II, *Hiram Walker S. A., LL*, 1979-B, 487, con nota de PEARSON, “¿Es apelable o inapelable la sentencia final del amparo por mora de la Administración Pública Nacional?” Señala GAUNA que fueron HUTCHINSON y GONZÁLEZ ARZAC los que volcaron la decisión hacia la apelabilidad (*op. cit.*, p. 262.)

¹⁰² En igual sentido LINARES, *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 37; HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 10; PEARSON, “El amparo...,” *op. cit.*, p. 426; BARRA, “Defensa...,” *op. cit.*, p. 222 y ss.; CREO BAY, “La reforma...,” *op. cit.*, p. 1202; CASSAGNE, *op. cit.*, pp. 466 a 468 § 8 y 10.

¹⁰³ Dentro de la misma tesitura, ampliar en BARRA, “El amparo...,” *op. cit.*, p. 804, comentario al fallo de la Sala II de la CNFed. CA, 5-IV-77, *Goldberg, Marta c/ Universidad de Buenos Aires*, a quien parece seguir PEARSON, “El amparo...,” *op. cit.*, p. 426; también a favor COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 28 y 29, § 8.10, pp. 502-3; HITTERS, “El amparo por mora en la provincia de Buenos Aires,” *op. cit.*, § III.3, p. 10. En contra HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 17. Ver también, en general, CANASI, JOSÉ, “Sanciones conminatorias contra el Estado,” *LL*, 152: 301; “Los «astreintes» en las obligaciones conminatorias contra el Estado («dato sensu»),” *LL*, 130: 191. Ver también, CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, *Bicci, Estela M. c/ GCBA*, 25-II-2005.

195 del CPCCN ha sido declarada inconstitucional.¹⁰⁴ El carácter excepcional y restrictivo con el cual ha de aplicarse en general dicha sanción no excluye sino antes bien al contrario justifica su aplicación en el presente caso. Obsérvese en efecto que cuando los funcionarios de la administración no cumplen una primera orden de pronto despacho se ha configurado ya una triple y sucesiva morosidad administrativa:

10.6.1. La morosidad previa a la interposición de la acción de amparo por mora; la administración no cumplió con la ley, obligando al administrado a accionar judicialmente.

10.6.2. La morosidad y negligencia de no solucionar dicha anterior omisión, en el plazo que va desde la notificación de que se ha iniciado una acción judicial tendiente a corregirla y el plazo que la administración tiene para producir su informe. La anterior incuria es ahora grave negligencia.

10.6.3. La morosidad ya rayana en lo delictual,¹⁰⁵ de incumplir con la propia orden *judicial* de pronto despacho.

10.6.4. A partir de allí pensamos que sería verdaderamente una burla a la justicia que la administración o sus órganos pudieran también incumplir la reiteración que la justicia resolviera efectuar de la anterior orden de pronto despacho, sin incurrir en otra sanción que aquellas que la propia administración eventualmente resolviera aplicar al funcionario moroso (art. 29.) Bien al contrario, pensamos que el instrumento del art. 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es enteramente aplicable al caso en que sea necesario reiterar la orden de pronto despacho ante el injustificado incumplimiento de la anterior sentencia de condena dictada al efecto.

10.7. *El amparo por mora en el caso de vista de las actuaciones*

En caso que el amparo por mora se interponga por omisión administrativa en resolver un pedido de vista de las actuaciones puede producirse de hecho una fusión con la acción de amparo. En efecto, si el juez como corresponde requiere a la administración no sólo que le informe sobre las causas de la demora, sino también que le envíe las actuaciones, a la administración no le queda más remedio

¹⁰⁴ *D'Ornea*, 25-IV-03, JFed. CA N° 4, con nuestra nota, "Hay Jueces en la Argentina: la inconstitucionalidad de la prohibición de imponer *astreintes* a los funcionarios públicos," *LL*, 2004-C, 152. Es también la interpretación receptada por la CSJN desde el caso *Mendoza*, que fijó multas personales a los funcionarios responsables del incumplimiento; conf. CASSAGNE, *op. cit.*, p. 468, § 10. Con anterioridad se había opuesto parcialmente a esta solución COMADIRA, *op. cit.*, p. 503: "actualmente la ley de déficit cero 25.453, al haber reformado el C.P.C.C.N. y la ley 18.345, impide a los jueces imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias (arts. 14 y 15), aunque no a los organismos a los que ellos pertenecen." Pero, claro está, queda pendiente el planteo constitucional que introdujo el Juez y finalmente empleó la CSJN al aplicar multas personales a los funcionarios responsables.

¹⁰⁵ Sobre este punto ver, entre otros, BARRA, "El amparo...", *op. cit.*, p. 804; PEARSON, "El amparo...", *op. cit.*, p. 426.

que acompañarlas. En tal caso, al recibirse el expediente en el juzgado, el actor puede tener libre y normal acceso al mismo, produciéndose de este modo directa e inmediata satisfacción judicial al incumplimiento o morosidad administrativa en conceder la vista. En esta hipótesis no corresponderá ya que el juez emita orden de pronto despacho, pero puede proceder que condene en costas a la administración, por haber ocasionado, con su injustificada morosidad en resolver la vista, el funcionamiento institucional del mecanismo del amparo por mora.¹⁰⁶ En este supuesto la acción funciona más bien como un amparo liso y llano, por violación al derecho constitucional de defensa y a la publicidad de los actos y procedimientos estatales, antes que como un simple amparo por mora. Lo que importa, por cierto, no son las etiquetas sino los resultados, máxime cuando la tendencia actual es hacia la unidad de acción con pluralidad de pretensiones.

10.8. *Efectos de la sentencia*

La resolución judicial sobre el amparo por mora constituye una sentencia.¹⁰⁷ Si la sentencia es condenatoria de la administración, una vez firme hace cosa juzgada y no puede la administración volver a plantear *a)* la existencia o inexistencia de la mora, *b)* la justificación o no de la misma, *c)* la veracidad de la documentación tenida en cuenta al resolver, *d)* la exigüidad del plazo fijado por el juez,¹⁰⁸ etc.; ello, sin perjuicio de que pueda alegar causas sobrevinientes que a su juicio justifiquen la nueva mora en que pueda incurrir de allí en más. Si la sentencia del juez desestima la acción, sea por considerar que no existe mora, o que no han transcurrido plazos irrazonables en caso de no estar ellos fijados legalmente, esto no impide que más adelante el actor pueda intentar nuevamente la acción de amparo por mora, por haber transcurrido un nuevo y adicional tiempo sin que la administración de todos modos se haya pronunciado. Al haber cambiado la situación de hecho, no puede oponerse a la procedencia de la acción la cosa juzgada y puede ahora sí resultar que esté configurada la mora.¹⁰⁹

11. *Conclusiones*

Surge de lo expuesto que la queja es secundaria como instrumento eficaz de defensa de los derechos o intereses de los administrados,¹¹⁰ en tanto que el amparo

¹⁰⁶ En sentido análogo BARRA, "El amparo...", *op. cit.*, p. 803, punto C.2) propone la condena en costas cuando la administración se encuentra objetivamente en mora al momento de interponer la demanda.

¹⁰⁷ BARRA, "El amparo...", *op. cit.*, p. 802; HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 13; COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario a los arts. 28 y 29, § 8.7, p. 498; HITTERS, "El amparo por mora en la provincia de Buenos Aires," *op. cit.*, § III, pp. 9-10.

¹⁰⁸ HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁹ HUTCHINSON, *op. loc. cit.*; COMADIRA, *op. loc. cit.*

¹¹⁰ Ver también REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 91.

por mora es generalmente eficaz y hasta muy eficaz.¹¹¹ No podría ser de otra manera: Se trata de la tutela del derecho constitucional a peticionar y obtener una respuesta en tiempo adecuado¹¹² u obtener una respuesta cierta, completa, exacta, en forma oportuna.¹¹³

Es también útil el amparo por mora para obtener vista y copia de las actuaciones cuando la administración es reticente a hacer lo uno o lo otro. El hecho de que la administración tenga que enviar el expediente a la justicia permite al interesado, por intermedio de su letrado, realizar diversas actividades complementarias útiles a su defensa, p. ej. retirarlo en préstamo (la administración nunca lo presta) y permite entonces fotocopiarlo con comodidad (lo que la administración no autoriza con mucha frecuencia); facilita certificar copias (lo que tampoco la administración suele hacer fácilmente y menos del expediente en su totalidad), etc.

Además, el amparo por mora es instructivo jurídica y políticamente para la administración, enseñando que los administrados tienen al menos un medio con el cual compeler a cualquier órgano: *a*) A dar explicaciones de su conducta omisiva y morosa, *b*) a acompañar el expediente que le es requerido, *c*) a realizar además la conducta omitida, *d*) dando finalmente razones concretas y no silencios, *e*) y pagando incluso costas al particular damnificado por su inacción. Desde este punto de vista, los particulares deberían recurrir con más frecuencia a él, cuando las gestiones conciliatorias no rinden fruto suficiente en tiempo oportuno o cuando, bajo el decreto 1172/03, anexo VII, el fruto no es rendido a tiempo, o se produce de manera ambigua, parcial o inexacta.

En suma, esta innovativa introducción del derecho procesal dentro del mecanismo del procedimiento administrativo ha sido altamente beneficiosa para lograr una buena administración,¹¹⁴ y cabe auspiciar su extensión y ampliación en la medida de lo posible.¹¹⁵

¹¹¹ Conf. HITTERS, *op. cit.*, § I *in fine*, p. 3, § II.c.4, p. 8 y § V, p. 10. Ampliar en BRUNO DOS SANTOS, "La defensa de los derechos de los particulares en la vía reclamatoria ante el silencio de la administración. Breve repaso a casi diez años de la controvertida reforma de la ley 25.344," *op. cit.*

¹¹² Conf. GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*; CAMPOLIETI, FEDERICO, "El silencio administrativo frente a los plazos de caducidad," en *LL*, 2006-E, 284; BRUNO DOS SANTOS, *op. loc. cit.*

¹¹³ Bajo el amparo por mora del anexo VII del decreto 1172/03.

¹¹⁴ Ver la aplicación eficaz del amparo por mora a partir de la modificación del régimen del reclamo administrativo previo introducida por la ley 25.344 en BRUNO DOS SANTOS, *op. cit.*, pp. 6-7.

¹¹⁵ Ello, sin perjuicio de otras reformas que hemos explicado en *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981.