

## CAPÍTULO X

### EL RECURSO JERÁRQUICO

#### SUMARIO

1. Concepto y terminología .....	475 / X-1
1.1. El régimen anterior.....	475 / X-1
1.2. El régimen actual.....	476 / X-2
1.3. La tendencia propuesta (¿o real?).....	477 / X-3
1.4. Un vistazo al derecho norteamericano.....	479 / X-5
2. Utilización .....	480 / X-6
2.1. Recurso de reconsideración y recurso jerárquico.....	480 / X-6
2.2. Denegación tácita de la reconsideración .....	481 / X-7
2.3. Recurso jerárquico con o sin reconsideración previa.....	481 / X-7
3. Unidad o pluralidad de recursos en vía jerárquica .....	481 / X-7
4. Ante quién se interpone.....	481 / X-7
5. Contra qué actos procede.....	482 / X-8
5.1. En razón del órgano .....	482 / X-8
5.2. En razón de la materia .....	483 / X-9
5.3. En razón del tipo de acto .....	483 / X-9
5.3.1. Acto administrativo en sentido estricto .....	483 / X-9
5.3.2. Contratos administrativos.....	484 / X-10
5.3.3. Reglamentos.....	484 / X-10
6. Actos excluidos del recurso.....	486 / X-12
7. Por qué motivos se puede recurrir.....	488 / X-14
7.1. Motivos de legitimidad .....	488 / X-14
7.2. Motivos de oportunidad .....	488 / X-14
8. Legitimación.....	490 / X-16
8.1. Derecho subjetivo .....	490 / X-16
8.2. Interés legítimo.....	490 / X-16
8.3. Derechos de incidencia colectiva .....	490 / X-16

8.4. Interés simple.....	491 / X-17
9. Término para interponer el recurso .....	491 / X-17
9.1. La regla.....	491 / X-17
9.2. Es una espada de Damocles .....	492 / X-18
10. Requisitos del recurso .....	493 / X-19
11. Elevación del recurso jerárquico.....	493 / X-19
11.1. En general.....	493 / X-19
11.2. Caso de denegación expresa de la reconsideración .....	493 / X-19
11.3. Caso de denegación tácita .....	494 / X-20
11.4. A quién se lo eleva .....	494 / X-20
12. Ante quién se tramita el recurso.....	495 / X-21
12.1. En general .....	495 / X-21
12.2. Cuando se impugnan actos del ministro .....	497 / X-23
12.3. La figura del Jefe de Gabinete .....	498 / X-24
13. Prueba y alegato.....	499 / X-25
14. Dictamen de la Dirección de Asuntos Jurídicos .....	499 / X-25
15. Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación .....	500 / X-26
16. Casos en que se requiere el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación .....	505 / X-31
16.1. Recurso contra un acto del ministro .....	505 / X-31
16.2. Cuestiones jurídicas complejas .....	506 / X-32
16.3. Jurisprudencia administrativa uniforme.....	506 / X-32
16.4. Erario público.....	506 / X-32
16.5. Conveniencia .....	506 / X-32
17. Plazo para la decisión y su cómputo .....	507 / X-33
18. Decisión expresa.....	507 / X-33
19. Denegación tácita .....	508 / X-34

## Capítulo X

### EL RECURSO JERÁRQUICO<sup>1</sup>

#### 1. Concepto y terminología

Conceptualmente, recurso jerárquico<sup>2</sup> sería todo medio jurídico para impugnar un acto<sup>3</sup> 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*.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>La 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.

<sup>2</sup>“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 nacional argentino se llama reconsideración a un recurso para ante el superior, que obviamente es también jerárquico. En tal sentido, la ley 11.683, en su art. 76 inc. a) erróneamente denomina “recurso de reconsideración para ante el superior”. 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.

<sup>3</sup>Acto 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.

<sup>4</sup>Como 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.

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 imposibilidad 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.<sup>5</sup> 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,<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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,<sup>8</sup> lo que ha dado lugar a la crítica de COMADI-

<sup>5</sup> Ver D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2006, 2ª ed., cap. VI, “La propuesta,” p. 259 y ss, esp. p. 261.

<sup>6</sup> RN, art. 88.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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

RA.<sup>9</sup> En realidad, cabe aspirar a que la resolución ministerial se considere que agota la vía 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,<sup>10</sup> 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

mediando incompetencia en razón del grado (*Dictámenes*, 236: 147.) Ello es así, aún después de la reforma constitucional de 1994. (*Dictámenes*, 236: 212.)

<sup>9</sup> COMADIRA, JULIO R., “Jefatura de gabinete de Ministros. Jefe de gabinete: Atribuciones para resolver mediante una decisión administrativa, un recurso jerárquico. Relación existente entre los Ministros y el jefe de gabinete. Análisis del dictamen 90/97 de la Procuración del Tesoro,” *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. En dicho caso, suscitado a raíz de un recurso jerárquico interpuesto contra una resolución emanada del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la cuestión a dilucidar radicaba en determinar las atribuciones del Jefe de Gabinete para resolver mediante una decisión administrativa dicho recurso. En prieta síntesis, opina COMADIRA, que debe ser resuelto por el Jefe de Gabinete ya que media entre él y el Presidente “una relación de jerarquía que conduce consecuentemente a que [...] pueda revisar todo lo actuado, con carácter originario, por el inferior.” Entiendo que esa relación jerárquica surge de la Constitución y que hoy existe una delegación impropia a favor del Jefe de Gabinete que lo coloca en una situación intermedia entre los Ministros y el Poder Ejecutivo. Agrega que por la diferencia de entidad que posee, se justifica “que los actos emanados del Jefe de Gabinete en ejercicio de atribuciones propias o delegadas por el Presidente, reciban la denominación de «decisiones administrativas», diferenciándose —en esencia y jerarquía de las resoluciones ministeriales.” En conclusión, considera que existe una evidente relación jerarquía entre el Jefe de Gabinete y los Ministros, que deriva, no solo de los decretos PEN 909/95 y 977/95, sino también de diversas cláusulas constitucionales. (V.gr. art. 100.)

<sup>10</sup> En igual sentido D'ARGENIO, *La justicia...*, op. cit., cap. VI, p. 261 y cap. II, § 16, “Si el recurso jerárquico nació en nuestro país para la revisión administrativa de los actos administrativos excluidos de la competencia judicial no hay razón ni justificación alguna para concluir que luego se haya transformado en un recurso de interposición obligatoria como medio de agotar la instancia administrativa para acudir a la Justicia” pp. 75-7. 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.

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.”

Respecto de esto último, en el ámbito nacional, también relacionado con los servicios públicos, la ley 24.076 establece, en su art. 66, que las decisiones de naturaleza jurisdiccional emitidas por el Ente Nacional Regulador del Gas serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, lo cual ha sido saludablemente interpretado por el decreto 1738/92, que estipula, en la reglamentación de los arts. 65 a 70, inc. (12) que el recurso de alzada no será procedente cuando la controversia se haya planteado entre un prestador y otro sujeto de la ley o de la industria u otro particular, en cuyo caso procederá el recurso previsto en el referido art. 66. Es decir, consagra en estos casos una vía judicial directa ante la Cámara. 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.”<sup>11</sup> 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 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.<sup>12</sup> Se advierte en el derecho comparado una tendencia a limitar el recurso jerárquico

<sup>11</sup> CANOSA, ARMANDO N., “El procedimiento administrativo en la Reforma del Estado,” *ED*, 169: 1293, 1302.

<sup>12</sup> 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 confundiéndonos. La cuestión, pues, aparece totalmente inver-

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,<sup>13</sup> 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.”<sup>14</sup> 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*<sup>15</sup>

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 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.<sup>16</sup>

Se trata de una revisión en una sola instancia administrativa, que no aparece como un derecho constitucional,<sup>17</sup> que no se halla exigida en la ley de procedimientos administrativa federal, y que juega un importante papel porque la autoridad

tida 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.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> VIRGA, *op. cit.*, p. 193.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> *Welch v. Heckler*, 808 F.2d 264, esp. pp. 266-8 (3ª 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 (7ª Cir. 1992.)

<sup>17</sup> *Guentchev v. INS*, 77 F.3d 1036, esp. p. 1037. (7ª Cir. 1996.)

que revisa la decisión anterior puede reabrir el procedimiento y recabar nuevas pruebas.<sup>18</sup>

## 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.<sup>19</sup> 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 tiempo lo desgaste. Es un choque con el tiempo infinito por el Estado.<sup>20</sup> A veces el Estado pierde también los juicios de daños y perjuicios si el particular ha sido diligente y tiene tiempo y paciencia.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> ASIMOW, MICHAEL (ed.), *A Guide to Federal Agency Adjudication*, Chicago, ABA, 2003, pp. 88-95, esp. p. 92.

<sup>19</sup> *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.”

<sup>20</sup> *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.”

<sup>21</sup> Mucho tiempo, recursos, profesionalidad, paciencia y suerte, como explicamos en el t. 7, cap. XVII, “La responsabilidad del Estado en la práctica.”

## 2.2. *Denegación tácita de la reconsideración*

Se puede dar por denegado el recurso de reconsideración sin necesidad de pedir pronto despacho.<sup>22</sup> 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 anunciamos<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> El derecho público provincial fue pionero de esta tendencia, que va progresando lentamente.<sup>25</sup>

## 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

<sup>22</sup> Art. 87.

<sup>23</sup> *Supra*, cap. III, § 22, “Hacia la unidad del recurso administrativo.”

<sup>24</sup> Conf. cons. 14 del decreto 1883/91.

<sup>25</sup> Neuquén, decreto-ley 1.284/81, art. 182.

impugnado.<sup>26</sup> Éste deberá elevarlo “dentro del término de 5 días y de oficio”<sup>27</sup> al órgano competente para resolverlo. Le son aplicables, por supuesto, las reglas generales acerca de las formas de presentación de los recursos administrativos.<sup>28</sup>

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.<sup>29</sup> Todo lo cual deberá hacerlo indefectiblemente en el mismo plazo de cinco días que prevé el art. 90.

### 5. *Contra qué actos procede*<sup>30</sup>

#### 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.<sup>31</sup>

En la reglamentación anterior a 1972 no se podía interponer el recurso jerárquico *omnis 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.<sup>32</sup>

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.<sup>33</sup> Creemos que la modificación, que termina otorgando mayor flexibilidad al procedimiento, es adecuada.

<sup>26</sup> En igual sentido Perú, art. 209.

<sup>27</sup> RN, art. 90.

<sup>28</sup> *Supra*, cap. III, § 5 a 14.

<sup>29</sup> Conf. “El recurso jerárquico...” *op. cit.*, pp. 417-35, esp. p. 424.

<sup>30</sup> Ver, asimismo, GORDILLO, AGUSTÍN y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, 2ª ed., p. 535, y jurisprudencia administrativa allí citada.

<sup>31</sup> En este segundo caso puede ser aplicable la alzada: *Infra*, cap. XI, “Recurso de alzada.” No hay que olvidar, en particular sobre las entidades autárquicas, que proceden los recursos de reconsideración y jerárquico dentro de su seno. (Ampliar en CANOSA, ARMADO N., *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Buenos Aires, Astrea-RAP, 2014, 2ª ed., pp. 432-33.)

<sup>32</sup> 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.)

<sup>33</sup> 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,<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup>

## 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 definitivo<sup>36</sup> o asimilable a tal,<sup>37</sup> no así el acto administrativo interlocutorio,<sup>38</sup> ni tampoco los actos o medidas meramente preparatorias.<sup>39</sup> En una licitación pública, la preadjudicación suele ser impugnabile, a texto expreso. Se pueden impugnar tanto las decisiones como las certificaciones o juicios productores de efectos jurídicos directos en cuanto al fondo<sup>40</sup> y no pueden excluirse del recurso supuestos actos internos de la administración,<sup>41</sup> si es que producen efecto sobre el recurrente. También ciertos actos de contralor son impugnables mediante recurso jerárquico,<sup>42</sup> a menos que de la ley de creación del órgano surja expresa o implícitamente su independencia respecto al Poder Ejecutivo.

<sup>34</sup> *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.”

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> 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.”

<sup>37</sup> *Supra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. II, § 3.6, “Acto administrativo definitivo y acto administrativo asimilable a él.”

<sup>38</sup> 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.”

<sup>39</sup> 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.”

<sup>40</sup> *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.”

<sup>41</sup> *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.

<sup>42</sup> *Supra*, t. 3, cap. II, § 5, “Quedan comprendidos los actos de contralor.”

### 5.3.2. *Contratos administrativos*<sup>43</sup>

El criterio del decreto-ley, consustanciado con toda la tradición administrativa argentina, fue tutelar en sede administrativa no sólo el derecho subjetivo sino 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,<sup>44</sup> sino incluso el amparo.<sup>45</sup> Tanto el particular co-contratante de la administración como los terceros afectados tienen derecho a impugnarlo ante la propia administración.<sup>46</sup> 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*<sup>47</sup>

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,<sup>48</sup> como lo hace parte de la doctrina.<sup>49</sup> Esta aclaración ya la hemos desarrollado, a ella nos remitimos.<sup>50</sup>

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

<sup>43</sup> *Supra*, t. 1, cap. XI, “Clasificación de los contratos administrativos.”

<sup>44</sup> Ver “La legitimación,” en UA, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, CA, 1999, pp. 441-7.

<sup>45</sup> Ver los casos *Torello, Compagnie Générale...* y otros citados en el t. 2, caps. II y III.

<sup>46</sup> Tanto en su celebración, ejecución y extinción.

<sup>47</sup> *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.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> Ver *supra*, t. 3, cap. IV, “Actos, reglamentos y contratos administrativos,” § 7, “La distinción entre el reglamento y el acto administrativo general.”

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 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.”<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup> Prima el criterio de que no proceden los recursos en sentido estricto<sup>53</sup> 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

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> 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, Ábaco, 1996, p. 98 y ss., 100-1; CANOSA, *Procedimientos administrativos: recursos y reclamos*, *op. cit.*, pp. 568-569; *infra*, nota 52.

<sup>53</sup> 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 permitiría 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. En efecto, hoy es criterio de la Procuración del Tesoro, que “dado que no se trata de un caso de impugnación indirecta de un acto de tal naturaleza, a través de un acto de aplicación, sino de su impugnación directa, la vía recursiva resulta improcedente, ya que en tales situaciones sólo resulta viable el llamado reclamo administrativo impropio del art. 24, inc. a) de la Ley de Procedimientos Administrativos” (PTN, *Dictámenes*, 254:277) y que, admitir la procedencia de recursos administrativos directos contra actos de alcance general, obligaría a exigir el agotamiento de la vía administrativa a su respecto, imponiendo más formalidades y trámites que los previstos expresamente en la ley para el acceso a la justicia, en perjuicio de los administrados, extremo en el que debe repararse si se piensa que no todos los actos de alcance general son emitidos por la autoridad ministerial. (PTN, *Dictámenes*, 237:13.) A lo cual ha agregado —en consonancia con lo que aquí se postula— que una razonable hermenéutica de los principios del decreto-ley 19.549/72 y su reglamento ha llevado a sostener que se estableció un sistema para la impugnación de actos administrativos de alcance particular (aun cuando se tratara de actos de ejecución o aplicación de actos generales) consistente en el otorgamiento de recursos administrativos que exigen su agotamiento para habilitar la ocurrencia ante el Poder Judicial; y, paralelamente, se contempló un régimen diferente para la impugnación directa de los actos de alcance general a través del reclamo impropio y su denegatoria que constituyen, por sí, el único recaudo para acceder a la instancia judicial. (PTN, *Dictámenes*, 210:137; 235:143; 237:13.)

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 legítimo<sup>54</sup> (y el derecho de incidencia colectiva a partir de la Constitución de 1994.)<sup>55</sup> A tal efecto es indistinto cuál es el acto que produce la lesión para hacer indispensable la tutela del derecho agraviado.<sup>56</sup>

Pero es claro que *imponer* al administrado el deber de impugnar directamente un reglamento, le cargaría de trámites y formalidades innecesarios.<sup>57</sup> 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.

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.<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup>

### 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:

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> Ampliar en nuestro art. “La legitimación,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, *op. ult. cit.*, pp. 441-7.

<sup>56</sup> Comp. COMADIRA, *Procedimiento Administrativo y denuncia de ilegitimidad*, *op. cit.*, p. 56; *Procedimientos Administrativos...*, comentario al art. 24, § 6.3.1, pp. 449-51.

<sup>57</sup> CANOSA, *Los recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 100; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 79.

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> 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.

a) Actos no productores de efectos jurídicos directos, tales como dictámenes, proyectos, informes, etc.<sup>60</sup> Respecto de los meros pronunciamientos administrativos,<sup>61</sup> 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.<sup>62</sup>

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.<sup>63</sup>

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.<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup>

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 reconsideración, revisión, etc., quedando abierta la vía judicial.<sup>66</sup> Al no existir autoridad administrativa alguna superior al Poder Ejecutivo ni haber propiamente jerarquía entre el Presidente y el Jefe de Gabinete,<sup>67</sup> mal puede interponerse recurso jerárquico contra sus actos.

6.5. Actos de Gobernadores e interventores federales. El recurso de alzada no procede contra los actos de los interventores federales.<sup>68</sup> Tampoco el recurso jerárquico.

6.6. Actos de entes descentralizados. No procede el jerárquico sino a veces la alzada,<sup>69</sup> que es potestativa. Pero debe recordarse que, al no ser siempre procedente,<sup>70</sup> puede hacer perder la vía judicial.

<sup>60</sup> Ver *supra*, t. 3, cap. II, § 2, “Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico.”

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> Así puede inferirse del análisis que realiza MAIRAL, *op. ult. cit.*, nota 39, p. 658.

<sup>63</sup> Art. 89.

<sup>64</sup> Pues el ministro resuelve “definitivamente,” según expresa el art. 90 del RN.

<sup>65</sup> Art. 90, citado.

<sup>66</sup> *Supra*, cap. IX, “Los recursos de reconsideración.” No es simple el acceso a la instancia judicial y la no pérdida del derecho.

<sup>67</sup> Cuestión discutida, como es obvio; ver *supra*, texto en el § 1.2, “El régimen actual.”

<sup>68</sup> *Infra*, cap. XI, § 2.3.3, “Provincias y municipios.”

<sup>69</sup> Ella es cada vez más limitada y además optativa: *Infra*, cap. XI, § 2, “Competencia” y ss.

<sup>70</sup> Ver *infra*, cap. XI, “Recurso de alzada.”

## 7. Por qué motivos se puede recurrir

### 7.1. Motivos de legitimidad

El recurso puede fundarse en primer lugar en motivos de legitimidad,<sup>71</sup> de derecho público o privado, nacional o internacional. Quedan comprendidos los límites a la discrecionalidad administrativa,<sup>72</sup> tales como razonabilidad,<sup>73</sup> buena fe,<sup>74</sup> desviación de poder,<sup>75</sup> etc. Va de suyo que también puede impugnarse el desacierto 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.<sup>76</sup>

### 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

<sup>71</sup> 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 derecho. 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.”

<sup>72</sup> 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 aurif 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, VICENTE E., “Los límites a la discrecionalidad administrativa,” LL, 1994-D, 1066; SARCIAT, ALBERTO D., “Aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados,” LL, 1996-C, 14; LISA, FEDERICO J., “Una revisión de los límites de la actividad discrecional de la Administración pública,” en A.A.VV., *El derecho administrativo hoy: 16 años después*, Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2013, pp. 131-157.

<sup>73</sup> 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.)

<sup>74</sup> *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.”

<sup>75</sup> *Supra*, t. 1, cap. X, § 15.3, “Desviación de poder;” t. 3, cap. IX, § 6, “Desviación de poder.”

<sup>76</sup> 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.

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.<sup>77</sup> 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.<sup>78</sup> 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,<sup>79</sup> sino que también debería propenderse a avanzar hacia un control jurisdiccional de, al menos, la grave inoportunidad.<sup>80</sup> El precedente italiano del control jurisdiccional del mérito<sup>81</sup> merece ser especialmente 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.<sup>82</sup>

<sup>77</sup>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, reproducido en el t. 11, sección II. 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.

<sup>78</sup>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.

<sup>79</sup>Tal como lo puntualizamos en el cap. IV del libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, op. cit.

<sup>80</sup>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.

<sup>81</sup>TENTOLINI, OTTORINO, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Milán, Giuffrè, 1942.

<sup>82</sup>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](http://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.

## 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.<sup>83</sup>

### 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.<sup>84</sup> 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 cointerésados.<sup>85</sup> En el empleo público<sup>86</sup> hay normas prohibitivas de la presentación conjunta, inaplicable cuando no sean funcionarios de la repartición autora del acto.

### 8.3. Derechos de incidencia colectiva<sup>87</sup>

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 asociados,<sup>88</sup> salvo en el caso de las asociaciones gremiales.<sup>89</sup> 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.

<sup>83</sup> 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.; CANOSA, *Procedimientos administrativos: recursos y reclamos*, *op. cit.*, p. 272 y ss.; HUTCHINSON, *Ley Nacional...*, *op. cit.*, t. II, p. 47 y ss.; ABERASTURY (H) y CILURZO, *op. cit.*, p. 60 y ss.

<sup>84</sup> *Supra*, t. 2, cap. IV, "El interés legítimo."

<sup>85</sup> *Supra*, t. 2, cap. IX, "El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales," § 12.1, "Contenido y alcance del principio de contradicción."

<sup>86</sup> Como los policiales y de otras fuerzas de seguridad.

<sup>87</sup> Ver nuestro art. "La legitimación," UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento...*, *op. cit.*, pp. 441-7 y la jurisprudencia que exponemos en los caps. II, III y IV del t. 2.

<sup>88</sup> *Supra*, t. 2, cap. IV, § 8, "Su antigua interpretación en la práctica argentina. Superación."

<sup>89</sup> *Supra*, t. 2, cap. IV, § 9, "Las asociaciones."

#### 8.4. *Interés simple*

No se admite el interés simple como legitimación para interponer recurso jerárquico.<sup>90</sup> 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 días<sup>91</sup> hábiles administrativos,<sup>92</sup> contados a partir del primer día siguiente a la notificación.<sup>93</sup> Ese término se suspende o remite por el pedido de vista de las actuaciones<sup>94</sup> y se interrumpe por la clara manifestación de voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración,<sup>95</sup> aunque no guarde todas las formas del recurso,<sup>96</sup> pero no por una mera reserva de derechos y acciones. En caso de haberse interpuesto previamente recurso de reconsideración contra el acto lesivo, dado que el recurso jerárquico está de pleno derecho interpuesto de manera subsidiaria, 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.”<sup>97</sup> En cualquier caso, conviene al interesado, en aras de la claridad,

<sup>90</sup> 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.”

<sup>91</sup> 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.

<sup>92</sup> Conforme la regla general que explicamos *supra*, cap. VIII, § 3.2, “Días hábiles en la administración y en la justicia.”

<sup>93</sup> *Supra*, cap. VIII, § 4, “Cómputo de los términos.”

<sup>94</sup> *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.

<sup>95</sup> 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.

<sup>96</sup> *Supra*, cap. III, § 10, “El recurso debe indicar el nombre, apellido y domicilio del recurrente” y 14, “La complementación de un recurso con otro.”

<sup>97</sup> Art. 88 de la reglamentación.

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 ínterin.<sup>98</sup> Debe por ello prestarse la máxima atención a estos fugaces<sup>99</sup> 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*,<sup>100</sup> 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 valor global.<sup>101</sup> O quizás cabe contemplar la tesis propuesta, por similares razones, de eliminar el plazo.<sup>102</sup> Mientras tanto, el decreto 229/00 reafirma el derecho del interesado a que sus denuncias sean resueltas en forma expresa, lo cual incluye

<sup>98</sup> 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.”

<sup>99</sup> 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.

<sup>100</sup> 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.

<sup>101</sup> Nos referimos al tema en “Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality,” en prensa en una obra colectiva.

<sup>102</sup> 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.

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.<sup>103</sup>

### 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.<sup>104</sup>

### 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 cabildos 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.<sup>105</sup>

#### 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 de reconsideración que el funcionario emisor del acto impugnado luego rechaza. En ambos supuestos el recurso ha de ser elevado dentro del término indicado.<sup>106</sup>

<sup>103</sup> 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.

<sup>104</sup> Ver *supra*, cap. III, “Los recursos administrativos.”

<sup>105</sup> Además, según el art. 6.3. del anexo del decr. 333/85, “Los asuntos que ingresen en las reparticiones 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.”

<sup>106</sup> Ver HUTCHINSON, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 2006, 8ª ed., p. 373.

### 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 pendientes 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.

## 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,<sup>107</sup> 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;<sup>108</sup> 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.<sup>109</sup>

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

<sup>107</sup> 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, 2ª ed. en el t. 6, Libro II y *Problemas del control de la administración...*, op. cit., caps. II a V, reproducido en el tomo 11, sección II. 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.

<sup>108</sup> 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.

<sup>109</sup> “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas”, *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21\_2/2009, pp. 699-726.

por sus propias manos. A la inversa, la tendencia a delegar administrativamente, 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.<sup>110</sup> 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.<sup>111</sup> 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:<sup>112</sup> No obstante la derogación de las normas que le sirvieron de base, sirve 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

<sup>110</sup> 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.

<sup>111</sup> Nos remitimos nuevamente a “Simplification...”, *op. cit.*

<sup>112</sup> 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.

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 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 dealzada, 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,”<sup>113</sup> 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, incluida 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.<sup>114</sup> No obstante las críticas que reiteradamente formulamos a tal solución,<sup>115</sup> 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,<sup>116</sup> 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,<sup>117</sup> sino que a la inversa el proyecto primero lo prepara y suscribe el ministro y recién luego se eleva a consideración del Presidente.<sup>118</sup> 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

<sup>113</sup> PTN, *Dictámenes*, 155: 509, en *RAP*, 32: 117, Buenos Aires, 1981.

<sup>114</sup> Ver ALLEGRETTI, UMBERTO, *L'Imparzialità amministrativa*, Padua, CEDAM, 1965.

<sup>115</sup> 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.

<sup>116</sup> Art. 90 de la reglamentación. Hay un importante debate al respecto.

<sup>117</sup> 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.

<sup>118</sup> 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.”

tres autoridades pueden ser competentes para resolver el recurso jerárquico, de todos modos la tramitación del recurso jerárquico se efectuará en la sede del 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.<sup>119</sup> 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.<sup>120</sup>

### 12.3. *La figura del Jefe de Gabinete*

Al esquema antes descrito 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. Incumbe 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.<sup>121</sup> Para un sector de la doctrina,<sup>122</sup> en la primera hipótesis del párrafo anterior, el recurso deberá ser resuelto por el Jefe de Gabi-

<sup>119</sup> El superior es así un “convidado de piedra”: PERRINO, *op. cit.*, pp. 417-35, esp. p. 429.

<sup>120</sup> Ver *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, *op. loc. cit.*

<sup>121</sup> 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.

<sup>122</sup> 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.; CANOSA, *Procedimientos administrativos: recursos y reclamos*, *op. cit.*, p. 425 y ss.; BIANCHI, “¿Tiene Fundamentos...?” *op. cit.*, p. 411 (para la situación anterior a 1994); BARRAZA, JAVIER I. y SCHAFFRIK, FABIANA H., *El Jefe de Gabinete de Ministros*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, cap. IX, p. 277.

nete por constituir el órgano que ejerce la administración general del país (art. 100, inc. 1° de la Constitución nacional) y por ser superior jerárquico de los ministros. La tesis contraria niega relación de jerarquía al jefe de gabinete respecto de los ministros. El criterio, empíricamente dominante, es de la Procuración del Tesoro de la Nación.<sup>123</sup> 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.<sup>124</sup> 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. 7°, inc. d), del decreto-ley: “considerase 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

<sup>123</sup> Dictamen n° 90/97, PTN, *Dictámenes*: 222: 53, en *RAP*, 232: 75, Buenos Aires, 1998. Al respecto, ver también: BARRAZA, JAVIER I., “Jefe de Gabinete de ministros: Análisis de su origen, funciones y proyección institucional,” en AA.VV., *Colegio de Abogados de San Isidro, Conferencia Nacional de Abogados: “Abogados: A pensar el país”*, Buenos Aires, 2010, pp. 25-32 y COMADIRA, JULIO R., “Jefatura de gabinete de Ministros. Jefe de gabinete: Atribuciones para resolver mediante una decisión administrativa, un recurso jerárquico. Relación existente entre los Ministros y el jefe de gabinete. Análisis del dictamen 90/97 de la Procuración del Tesoro,” *RAP*, 234: 33.

<sup>124</sup> *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.”

y su reglamentación se encuentra en el art. 91 de nuestro proyecto de 1964,<sup>125</sup> conforme al cual “considerábase 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 sustituir 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,<sup>126</sup> 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*<sup>127</sup>

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.<sup>128</sup> El organismo no opina respecto de juicios.

<sup>125</sup> En *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed.

<sup>126</sup> Ampliar en GORDILLO y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed., p. 127, nota 317.

<sup>127</sup> *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; CANOSA, *Procedimientos administrativos: recursos y reclamos*, *op. cit.*, pp. 430-432; 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.

<sup>128</sup> PTN, *Dictámenes*, 201: 82; 214: 87; 228: 162.

<sup>129</sup> Del mismo modo, para someter un diferendo a la Procuración con arreglo al 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.<sup>130</sup> La Procuración del Tesoro de la Nación sólo interviene si su dictamen es solicitado en cada caso por nota,<sup>131</sup> sea por el Presidente de la Nación,<sup>132</sup> los ministros, secretarios o subsecretarios de Estado.<sup>133</sup>

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.<sup>134</sup>

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

<sup>129</sup> 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.

<sup>130</sup> PTN, *Dictámenes*, 227: 75.

<sup>131</sup> 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.

<sup>132</sup> En la práctica, la Presidencia de la Nación: *Supra*, t. 1, cap. XII, § 13.1, “El Presidente de la Nación.”

<sup>133</sup> Se incluyen los jefes de estado mayor de las Fuerzas Armadas (PTN, *Dictámenes*, 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. 9° 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.)

<sup>134</sup> PTN, *Dictámenes*, 83: 50; 205: 80; 215: 113 y 283; 218: 140.

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.<sup>135</sup>

A su vez, el dictamen previo, tanto el del Ministerio o de Secretaría como de los de dependencias inferiores si los hubiere, no pueden en modo alguno constituir una mera relación de antecedentes ni una serie de afirmaciones dogmáticas sino 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.<sup>136</sup> También se requiere que esos dictámenes no sean coincidentes<sup>137</sup> 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 intermediación 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.<sup>138</sup>

b) Debe también tratarse de un caso concreto (no pues, de un planteo hipotético, abstracto o teórico) y deben agregarse las actuaciones originales.<sup>139</sup> 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.<sup>140</sup>

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.<sup>141</sup>

<sup>135</sup> PTN, *Dictámenes*, 205: 106 y 134.

<sup>136</sup> PTN, *Dictámenes*, 201: 61; 203: 148; 206: 172.

<sup>137</sup> PTN, *Dictámenes*, 229: 92. No se encuentra habilitada su intervención, entre otros requisitos, cuando no existe divergencia entre los servicios jurídicos preopinantes.

<sup>138</sup> 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.)

<sup>139</sup> 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.

<sup>140</sup> PTN, *Dictámenes*, 201: 35; 203: 223; 204: 102; 215: 80, 145, 181, 209, 211, 213.

<sup>141</sup> PTN, *Dictámenes*, 78: 107; 82: 66.

d) Los particulares, *a fortiori*, no pueden requerir su intervención en forma directa,<sup>142</sup> 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 solicita en forma expresa se requiera su dictamen, pues tiene un claro interés legítimo para así hacerlo. Lo que no tiene, probablemente, es el derecho 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.<sup>143</sup> 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.<sup>144</sup>

e) Estas limitaciones y recaudos tienen, con todo, ocasional excepción.<sup>145</sup> 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.<sup>146</sup> 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.<sup>147</sup> La Procuración sólo en contados casos

<sup>142</sup> 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.

<sup>143</sup> PTN, *Dictámenes*, 184: 165; 191: 80; 206: 400; 131: 390; 214: 128.

<sup>144</sup> PTN, *Dictámenes*, 196: 36; 214: 128; 223: 174.

<sup>145</sup> 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.

<sup>146</sup> 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.

<sup>147</sup> PTN, *Dictámenes*, 129: 298; 131: 104; 159: 246; 172: 26; 191: 65; 192: 79; 202: 111; 203: 193; 214: 164.

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.<sup>148</sup> 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,<sup>149</sup> que puede en consecuencia apartarse 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 favorable<sup>150</sup> 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.<sup>151</sup> 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.<sup>152</sup> 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.<sup>153</sup> En tal supuesto el decreto que resuelve el recurso extraordinario al

<sup>148</sup> PTN, *Dictámenes*, 75: 289; 77: 207, 245.

<sup>149</sup> Pero sí para los abogados integrantes del Cuerpos de Abogados del Estado, que deben seguir sus criterios y no pueden contradecirlos ni cuestionarlos.

<sup>150</sup> 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, reproducido en el t. 11, sección V.

<sup>151</sup> PTN, *Dictámenes*, 226: 109; 227: 207 y otros.

<sup>152</sup> Y en el trámite del recurso de alzada, mientras subsista.

<sup>153</sup> 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.

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.<sup>154</sup> 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.”<sup>155</sup> 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 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.<sup>156</sup>

#### 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, además<sup>157</sup> 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.<sup>158</sup> 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.<sup>159</sup>

<sup>154</sup> LESSONA, *La giustizia amministrativa, op. cit.*, p. 65.

<sup>155</sup> LESSONA, *op. loc. cit.*

<sup>156</sup> Expte. 11.521/66, Secretaría de Estado de Hacienda.

<sup>157</sup> Comp. PEARSON, MARCELO MARIO, *Manual de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 1976, p. 93.

<sup>158</sup> En sentido similar PEARSON, *op. cit.*, p. 93.

<sup>159</sup> *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.

### 16.2. *Cuestiones jurídicas complejas*

Cuando la cuestión jurídica debatida fuere compleja,<sup>160</sup> 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 establecer jurisprudencia administrativa uniforme, sean o no complejos en el plano jurídico los asuntos debatidos.<sup>161</sup> 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.<sup>162</sup> 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.

<sup>160</sup> 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.

<sup>161</sup> Este criterio ya venía de antaño, especialmente el decreto 34.952/47; PEARSON, *op. cit.*, p. 93.

<sup>162</sup> Comp. PEARSON, *op. cit.*, p. 93: “De por sí, no es una causal suficiente.”

### 17. Plazo para la decisión y su cómputo

El plazo de 30 días<sup>163</sup> que existe para la resolución del recurso jerárquico<sup>164</sup> 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 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.<sup>165</sup> El plazo de treinta días a que se refiere el art. 91, no habiendo producción de prueba, se computa desde la recepción de las actuaciones<sup>166</sup> a que se refieren los arts. 88 y 90. Dicha elevación debe efectuarse dentro del quinto día de presentado el recurso.<sup>167</sup>

### 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

<sup>163</sup> 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.

<sup>164</sup> Art. 91 de la reglamentación.

<sup>165</sup> 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.

<sup>166</sup> Conf. LINARES, JUAN FRANCISCO, “El silencio administrativo denegatorio en la ley 19.549,” *LL*, 1980-C, 768.

<sup>167</sup> Art. 90.

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.

### 19. Denegación tácita

La denegación tácita del recurso se produce sólo por decisión del recurrente<sup>168</sup> 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,<sup>169</sup> aun luego de transcurridos

<sup>168</sup> 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; CANOSA, *Procedimientos administrativos: recursos y reclamos*, *op. cit.*, p. 430; “Autolimitaciones de la administración en materia de silencio y caducidad,” *ED*, 158: 271.

<sup>169</sup> 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*

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*<sup>170</sup> 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, 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.<sup>171</sup> El sistema del decreto-ley resultaba así coherente y en todos los casos en que se

*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.

<sup>170</sup> 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.”

<sup>171</sup> 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.

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.<sup>172</sup>

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.”<sup>173</sup> Sostuvimos que 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.<sup>174</sup> 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 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

<sup>172</sup> Art. 31 del decreto-ley 19.549/72, modificado por el art. 12 de la ley 25.344.

<sup>173</sup> 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.”

<sup>174</sup> La doctrina “salió” rápidamente a expresar sus distintas posturas sobre la reforma de la ley 25.344 al art. 31 de manera bastante profusa. Ver BIANCHI, ALBERTO B., “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado – Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *LL*, Suplemento Actualidad, 15/XI/01 y 20/XI/01; CASSAGNE, JUAN C., “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado – Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *LL*, Suplemento Actualidad, 15/XI/01 y 20/XI/01; HUTCHINSON, TOMÁS, “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado – Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *LL*, Suplemento Actualidad, 15/XI/01 y 20/XI/01; MAIRAL, HÉCTOR A., “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado – Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *LL*, Suplemento Actualidad, 15/XI/01 y 20/XI/01; MONTI, LAURA, “La reforma de la Ley 25.344 y las garantías del administrado – Reportaje a Alberto B. Bianchi, Juan Carlos Cassagne, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal y Laura Monti,” *LL*, Suplemento Actualidad, 15/XI/01 y 20/XI/01; CRIVELLI, JULIO C., *La emergencia económica permanente*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.

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.

En las Salas del fuero Contencioso Administrativo Federal primaron criterios disímiles acerca de la interpretación otorgada a la aplicación del plazo de caducidad al configurarse el silencio negativo en la vía reclamatoria,<sup>175</sup> a lo que no escapó la doctrina.<sup>176</sup>

La Sala III de la CNFed. CA en el caso *Biosystems S.A.* declaró la inconstitucionalidad de la norma, en tanto que la Corte, adhiriendo al dictamen de la Procuradora Fiscal, revocó dicha declaración estableciendo una discutible interpretación según la cual el art. 31 —al requerir la interposición de la demanda “en

<sup>175</sup> CNFed. CA, Sala IV, 27/II/07, *Aguilar*; Sala I, 7/IX/04, *Arias*; Sala II, 6/XII/07, *Balbi*. Ver el análisis jurisprudencial realizado a partir de la controvertida reforma de la ley 25.344 a la regulación del reclamo administrativo previo establecida en el decreto-ley 19.549/72 en 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, 1035.

<sup>176</sup> Un estudio de las diferentes posturas que distintos autores han adoptado respecto a la legitimidad de las disposiciones de esta norma se puede leer en JUAN LIMA, FERNANDO E., “El silencio de la administración y la habilitación de la instancia judicial,” en BRUNO DOS SANTOS (dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, op. cit., pp. 145-159. En particular, podemos citar, entre muchos otros, JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “El reclamo administrativo previo a dos años de su reforma,” *Jornadas de la Procuración del Tesoro*, RAP, 296: 13; PERRINO, PABLO E., “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa,” *Revista de Derecho Público*, Proceso administrativo – I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003, v. 2003-1, pp. 257-294; 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*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2003, pp. 481-491; PERRINO, PABLO E., “Reclamo administrativo previo, tutela judicial efectiva y acceso a la jurisdicción,” en CASSAGNE (dir.), *Derecho procesal administrativo, en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, op. cit., pp. 857-880; POZZO GOWLAND, HÉCTOR M., “El voluntarismo normativo como método frente a la emergencia,” *LL*, 2002-A, 971; USLENGUI, ALEJANDRO J., “Algunas consideraciones en torno a la reforma del proceso administrativo,” *Revista de Derecho Público*, Proceso administrativo – II, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003, v. 2003-2, pp. 11-44; BUJÁN, NÉSTOR H., “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,” *Revista de Derecho Público*, Proceso administrativo – II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, v. 2003-2, pp. 45-110; CANOSA, ARMANDO N. / MIHURA ESTRADA, GABRIEL, “La emergencia y la nueva degradación a la tutela judicial efectiva,” *ED*, 190, 732; CASSAGNE, JUAN C., “El acceso a la justicia administrativa,” *LL*, 2004-D, 1218; GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, v. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, 1ª ed.; RASPI, ARTURO E., “Una desafortunada modificación al art. 31 de la ley nacional de procedimientos administrativos,” *ED*, 2000/2001, 625; SORIA, DANIEL F., “Apuntes sobre el reclamo administrativo previo. Su evolución y las reformas introducidas por la Ley N° 25.344,” en CARELLO, LUIS A. (dir.), *Derecho Constitucional y Administrativo*, 3, v. 1, Rosario, Juris, 2002, pp. 271-323; ZAMBRANO, PEDRO L., *Silencio de la Administración y plazos para demandar al Estado Nacional – La prescripción y la caducidad en la nueva regulación del reclamo administrativo previo*, Monografías Jurídicas, n° 155, Buenos Aires, LexisNexis – Abeledo-Perrot; MAIRAL, HÉCTOR A., “Los plazos de caducidad en el Derecho administrativo argentino,” en CASSAGNE, JUAN C. (dir.), *Derecho procesal administrativo, en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, v. 1, pp. 881-916; BARBARÁN, JOSEFINA, “Una reforma que deja en ‘óffside’ al administrativo,” *LL*, 2006-E, 313; DIANA, op. cit.; TOIA, LEONARDO, “El enigmático silencio en el reclamo previo,” *ED*, 2008, 14.

los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25” — sólo alcanza a los casos en que el reclamo fue resuelto expresamente en contra del interesado, es decir, cuando haya una resolución denegatoria formal y explícita, y no en los casos de silencio.<sup>177</sup>

Desde esa atalaya, si bien tanto la Sala III como la Corte Federal, arribaron a igual resultado en cuanto a la habilitación de la instancia, los fundamentos resultaron notoriamente divergentes.

En función de lo expuesto, ni en la vía impugnatoria ni en la reclamatoria, una vez configurado el silencio y ante la falta de resolución expresa de la administración, corre el plazo de caducidad del art. 25 para el inicio de la demanda, sin perjuicio del que corresponda en materia de prescripción. En el primer supuesto, la habilitación de la instancia judicial, estará condicionada al agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición del recurso jerárquico ante la autoridad que resulte en el caso competente y su falta de resolución en el plazo de 30 días, implica, sin necesidad de interponer pronto despacho, la denegatoria por silencio. En cambio, en el segundo supuesto, toda vez que no existe acto administrativo que impugnar a los fines de habilitar la instancia, habrá que interponer el reclamo administrativo previo y esperar su resolución o tener por configurado el silencio luego de los 45 días de haber presentado pronto despacho, siendo la prescripción el único plazo aplicable.

Sin embargo, en la práctica y pese al criterio de la Sala III del fuero y de la Corte sobre este punto, 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.

<sup>177</sup> CNFed. CA, Sala III, 18/IV/11, *Biosystems S.A.*. Ver BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., “Caso Biosystems S.A.: un avance en la defensa de los derechos de los particulares en la vía reclamatoria,” *LL*, 2012-A, 379; CSJN, *Biosystems S.A.*, 11/II/14. Para un mayor desarrollo de la postura expuesta por la Procuradora General en el citado fallo, ver MONTI, “Habilitación de la instancia contencioso administrativa en el orden federal,” *op. cit.*