

CAPÍTULO II  
EL ADMINISTRADOR

SUMARIO

I. <i>Introducción</i> .....	111 / II-1
1. Extensión del concepto de administrador. Su carácter de parte .....	111 / II-1
II. <i>Facultades respecto al trámite</i> .....	113 / II-3
2. Resoluciones de mero trámite.....	113 / II-3
3. Competencia para decidir la procedencia formal de los recursos .....	114 / II-4
4. Momento en el cual resolver sobre la admisión formal del recurso.....	116 / II-6
5. Criterio para la admisión de los recursos. El principio <i>pro actione</i> .....	116 / II-6
6. Elevación al superior de los recursos y denuncias.....	116 / II-6
7. El rechazo de escritos por la Mesa de Entradas .....	117 / II-7
7.1. Expresiones injuriosas .....	117 / II-7
7.2. Escritos improcedentes .....	118 / II-8
7.3. Comparación y conclusiones. La administración como acción .....	119 / II-9
8. La impulsión e instrucción de oficio .....	120 / II-10
9. Invitación a las partes a reuniones .....	121 / II-11
10. Caducidad del procedimiento .....	123 / II-13
11. Facultades disciplinarias .....	125 / II-15
11.1. Problemas que presenta .....	125 / II-15
11.2. La norma “legal” .....	126 / II-16
11.3. Destinatarios de la norma .....	127 / II-17
11.4. Órgano competente para ejercerlas .....	129 / II-19

11.5. Sanciones aplicables.....	129 / II-19
11.5.1. Graduación de su ejercicio.....	129 / II-19
11.5.2. Llamado de atención o apercibimiento.....	130 / II-20
11.5.3. Testado .....	130 / II-20
11.5.4. Multas.....	130 / II-20
11.5.5. Exclusión de las audiencias .....	131 / II-21
11.5.6. Separación de los apoderados .....	131 / II-21
III. <i>Facultades respecto al fondo de los recursos</i> .....	132 / II-22
12. Revocación de su propio acto, impugnado jerárquicamente ..	132 / II-22
12.1. Límites a la facultad de revocar .....	133 / II-23
13. Revocación de los actos de los inferiores, impugnados jerárquicamente .....	133 / II-23
14. Revocación del propio acto luego de resuelto el recurso jerárquico por el superior.....	134 / II-24
14.1. Admisión del recurso.....	134 / II-24
14.2. Rechazo del recurso por razones formales .....	135 / II-25
14.3. Rechazo de la denuncia de ilegitimidad.....	135 / II-25
14.4. Rechazo del recurso .....	135 / II-25
15. Decisión del recurso. Inadmisibilidad de la <i>reformatio in pejus</i> .....	137 / II-27
IV. <i>Deberes del administrador</i> .....	141 / II-31
16. Facilitar la defensa del interesado.....	141 / II-31
17. Impulsar el trámite .....	143 / II-33
18. Requerir y brindar directamente informes a otras reparticiones .....	144 / II-34
19. Producir la prueba.....	146 / II-36
20. Decidir expresamente todas las peticiones .....	147 / II-37
21. Caracteres y requisitos que debe reunir la decisión .....	149 / II-39
21.1. Requisitos previos de validez.....	149 / II-39
21.1.1. Audiencia .....	149 / II-39
21.1.2. Procedimientos esenciales .....	149 / II-39
21.1.3. Dictamen letrado.....	150 / II-40
21.1.4. Causa .....	151 / II-41
21.2. Requisitos del acto a emitirse.....	151 / II-41
21.2.1. Competencia .....	152 / II-42
21.2.2. Motivación de hecho y de derecho .....	152 / II-42
21.2.3. Decidir todas las cuestiones propuestas .....	152 / II-42
21.2.4. Otros requisitos de validez .....	152 / II-42
22. Continuación: Desistimiento del recurrente y archivo de las actuaciones .....	153 / II-43

22.1. Caso de desistimiento .....	153 / II-43
22.2. Archivo .....	154 / II-44
V. <i>Recusación y excusación</i> .....	154 / II-44
23. Procedencia de la recusación .....	154 / II-44
24. Oportunidad de plantear la recusación.....	155 / II-45
24.1. Causales preexistentes .....	155 / II-45
24.2. Causales sobrevinientes .....	156 / II-46
25. Efectos de la interposición de la recusación.....	156 / II-46
26. Causales comunes de recusación y excusación .....	157 / II-47
27. Otras causales de recusación .....	161 / II-51
27.1. Incompatibilidades y conflicto de intereses.....	161 / II-51
27.2. El prejuicio personal .....	162 / II-52
27.3. El prejuzgamiento como causal de recusación .....	163 / II-53
28. La recusación sin expresión de causa.....	164 / II-54
29. Personas que pueden ser recusadas .....	165 / II-55
29.1. En general .....	165 / II-55
29.2. Individualización del o los recusados .....	166 / II-56
29.3. El caso del Presidente, el Jefe de Gabinete y los ministros .....	166 / II-56
30. Excusación. Causales que la hacen obligatoria o facultativa	167 / II-57
31. Trámite .....	169 / II-59
VI. <i>Responsabilidad del administrador</i> .....	169 / II-59
32. Caracteres de la responsabilidad civil. Remisión.....	169 / II-59
33. Importancia práctica de la responsabilidad civil del funcio- nario .....	172 / II-62



## Capítulo II

### EL ADMINISTRADOR

#### I. Introducción

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

Administrador en el sentido del procedimiento administrativo<sup>1</sup> son no sólo los órganos administrativos *stricto sensu* de la administración central, sino también de los entes descentralizados: Entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades del Estado en tanto emitan actos administrativos;<sup>2</sup> hacia el final de los años noventa se afirmó el criterio de la no aplicación de las normas específicas del procedimiento administrativo a las sociedades del Estado, sociedades anónimas de capital estatal y sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria,<sup>3</sup> excepción hecha de sus actos administrativos; tampoco a las entidades bi o supranacionales.<sup>4</sup> En cuanto a las personas públicas no estatales<sup>5</sup> y hasta personas privadas, sus órga-

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

<sup>2</sup>Decr. 1883/91, art. 4°; *supra*, t. 3, cap. I, § 12.4, “Sociedades del Estado;” *infra*, cap. XI, “Recurso de alzada,” § 3.2, “Entes autárquicos. Empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado” y ss. Ver GÓMEZ SANCHÍS, DANIEL, “Principios, sujetos y actos del procedimiento administrativo,” en FARRANDO, ISMAEL (H.) y MARTÍNEZ, PATRICIA R. (dirs.), *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 604; HALPERIN, DAVID, “El procedimiento administrativo y las empresas públicas,” en POZO GOWLAND, HÉCTOR; HALPERÍN, DAVID; AGUILAR VALDÉZ, OSCAR, JUAN LIMA, FERNANDO y CANOSA, ARMANDO (dirs.), *Procedimiento administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2012, cap. XI. La PTN sostuvo que la alzada no procedía contra los actos “exclusivamente inherentes a su actividad privada;” pero calificó de públicos los actos emitidos por estas sociedades en procedimientos de contratación, *Dictámenes*, 211: 287; Ver CSJN, *Coifin*, *Fallos*, 312-2: 2050, año 1989. El art. 2° del decr. 9101/72 fue derogado por el art. 6° del decr. 1883/91.

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

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

<sup>5</sup>*Supra*, t. 3, cap. I, “El acto administrativo como parte de la función administrativa,” § 11, “El acto administrativo —y no los contratos administrativos— de entes no estatales” y ss.; *infra*, cap.

nos pueden revestir el carácter de administrador, en cuanto el orden jurídico les delegue potestades que den lugar a la emisión de actos administrativos. Podrá ser cuestión de debate en estos casos si se aplicará o no directamente el decreto-ley,<sup>6</sup> pero no hay duda que sus principios son de aplicación en tales supuestos.<sup>7</sup> Hemos visto en el capítulo anterior que es indubitable el carácter de parte que pueden asumir en el procedimiento administrativo los entes estatales con personalidad jurídica<sup>8</sup> y hemos analizado la cuestión de si los órganos sin personalidad jurídica pueden, a su vez, ser considerados partes respecto de otros órganos.<sup>9</sup> Al margen de tal discusión, pensamos que es indudable que, frente al particular interesado el órgano tiene carácter de parte. De no ser por sí mismo, al menos como órgano de la administración. No se discute, en efecto, que la administración no actúa en el procedimiento administrativo como juez (tercero ajeno a la contienda, imparcial, y además independiente, no sujeto a órdenes), sino como *parte*.<sup>10</sup> Desde luego, este carácter de parte que tiene el administrador en el procedimiento no es en un todo igual al de los particulares o al de otras entidades que *impugnan* o *solicitan* algo. El administrador que *resuelve*, incluso como parte, se encuentra así en una situación diferente, pues tiene *facultades*, frente a su contraparte, de las que ésta carece. Esto origina tanto derechos como deberes del administrador que es necesario analizar.<sup>11</sup>

XI, “Recurso de alzada,” § 2.4.2, “Personas no estatales” y 2.4.3, “Otros casos.” Al respecto GAUNA señala que “los principios y normas expresas de la Ley de Procedimientos Administrativos que hagan a la defensa del ciudadano, siempre deberán tener cabida en cualquier ordenamiento en que estén comprometidos cometidos públicos, se hagan éstos por vías de la Administración Pública central o descentralizada y por las personas jurídicas públicas no estatales.” (GAUNA, JUAN O., “La aplicación del procedimiento administrativo (reglas y principios) por personas jurídicas no estatales,” en POZO GOWLAND, HALPERÍN, AGUILAR VALDÉZ, JUAN LIMA y CANOSA (dirs.), t. II, *op. cit.*, cap. IX, pp. 322-323.

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

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

<sup>8</sup> *Supra*, cap. I, § 8, “Entes estatales con personalidad jurídica.”

<sup>9</sup> *Supra*, cap. I, § 9, “Órganos administrativos sin personalidad jurídica.”

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

<sup>11</sup> Por ello hemos dicho que la administración activa no es habitualmente imparcial ni independiente al realizar actividad semejante, materialmente, a la actividad jurisdiccional: Ver *supra*,

## II. Facultades respecto al trámite

### 2. Resoluciones de mero trámite

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

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

t. 1, cap. IX, § 7; aún al actuar como autoridad de aplicación, tal como prevé la ley de defensa del consumidor y lo explica ZAYAT, VALERIA E., “El procedimiento administrativo ante los organismos nacionales de defensa del consumidor,” en TAWIL, GUIDO S. (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 568 y ss. al sostener que “El accionar de la autoridad de aplicación de la ley de defensa del consumidor se rige por los principios generales del procedimiento administrativo, debiendo, en particular, su obrar ajustarse a sus principios rectores como el de legitimidad (legalidad objetiva y razonabilidad), verdad material objetiva, informalismo, oficialidad, gratuidad, entre otros; tal como acertadamente lo dispuso la reciente reforma de la ley de defensa del consumidor, al determinar la aplicación supletoria de la LNPA, a todo lo que no estuviese previsto en su texto.” La Ley 26.993 creó el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) que funciona en el ámbito de la autoridad de aplicación. Además, creó el Registro Nacional de Conciliadores en las Relaciones de Consumo en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Auditoría en las Relaciones de Consumo en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Finalmente, instauró la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo, con Juzgados de Primera Instancia, Cámara de Apelaciones, Fiscalías y Defensorías Públicas Oficiales.

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

En este primer punto importante de procedimiento en la práctica,<sup>13</sup> el decreto-ley 19.549/72 nada ha establecido y por ende nada ha modificado. Queda por ello en pie la afirmación hecha por VIDAL PERDOMO para el derecho colombiano, de que “Algunas veces se exageran las formalidades, se multiplican sin objeto las intervenciones de distintos funcionarios, se hace tan complicada la tramitación de una gestión administrativa, que los particulares renuncian en ocasiones a su derecho, con tal de no tener que habérselas con esa medusa de mil cabezas.”<sup>14</sup> Parte de la sensación de “medusa” la produce el hecho de encontrar por doquier funcionarios que alegan no ser competentes.<sup>15</sup> Pero es común que haya diálogo fluido entre los administrados y los funcionarios, en el cual se resuelven informalmente al menos los temas menores de procedimiento: Acceso a las actuaciones, etc.

### 3. Competencia para decidir la procedencia formal de los recursos

Si bien los funcionarios inferiores deben tomar decisiones de trámite, no están facultados para decidir la procedencia formal de los recursos ante sus superiores. Hay así una diferencia entre las facultades del administrador cuyo acto es impugnado y del juez cuya sentencia es apelada. El recurso de apelación se caracteriza porque “hace falta que sea concedido por el Juez *a quo* o, en su defecto, se deduzca recurso de hecho, para que el tribunal de alzada pueda conocer del mismo. En cambio, el recurso jerárquico se interpone directamente ante<sup>16</sup> la autoridad superior que es la que resuelve o no darle curso y se pronuncia sobre el fondo, careciendo, como consecuencia del vínculo de supremacía jerárquica, la autoridad jerárquicamente subordinada de competencia para limitar las atribuciones del superior, *v.gr.*, denegando el recurso.”<sup>17</sup> Estas consideraciones son aplicables a todos los recursos administrativos; en ellos, la procedencia o improcedencia formal debe ser decidida por el mismo funcionario o autoridad a que toca decidir sobre *el fondo* de la cuestión.<sup>18</sup> La importancia práctica de este principio es muy

<sup>13</sup> Ver t. 7, cap. XVII, “El procedimiento administrativo en la práctica,” RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “El procedimiento administrativo en la práctica. Principales cuestiones que se plantean,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, cap. XXVIII, pp. 333-327, reproducido en el t. 7, cap. XXII. Ver también BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. XIX, § IV, pp. 603-625; *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2011, cap. XVII, § IV, pp. 489-573.

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

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

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

<sup>17</sup> PTN, *Dictámenes*, 37: 140; 64: 208.

<sup>18</sup> La misma solución en el derecho uruguayo: CAJARVILLE PELUFFO, JUAN P., “Recursos administrativos,” en el libro *Procedimiento administrativo*, de PRAT, MARTINS, BRITO, FRUGONE SCHIAVONE, CAJARVILLE PELUFFO, Montevideo, ACALI, 1977, p. 83, nota 9; BRITO, MARIANO, “Principios del procedimiento administrativo común en el Uruguay,” en *Derecho Administrativo*, Montevideo,



grande, pues de lo que se trata es de evitar que en la práctica se frustren los derechos del recurrente por intempestivas declaraciones de improcedencia de los recursos intentados, que sean formuladas por cualquier funcionario público interviniente en el trámite. El rechazo del recurso, si corresponde, sólo habrá de ser llevado a cabo por la autoridad competente para decidir en cuanto al fondo.

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

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

Universidad de Montevideo, 2004, pp. 391-401. Para un análisis comparado del MERCOSUR, ver BRITO, “Principios generales del procedimiento administrativo en el Mercosur,” en su *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, pp. 381-390.

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

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

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

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

significado de sus atribuciones al efecto, como así también sus responsabilidades. Ha de contribuir así a evitar que siga siendo realidad que “El débil administrado debe enfrentar a cada momento [...] no sólo al consuetudinario autoritarismo del poder político, sino también al nuevo despotismo burocrático.”<sup>23</sup>

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

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

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

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

#### 6. *Elevación al superior de los recursos y denuncias*

De lo anterior se sigue, entonces, que todo recurso presentado a un funcionario determinado contra un acto suyo o de un inferior, que corresponda decidir a otro funcionario superior a él, no puede ser considerado en su validez procesal por él mismo. Él tiene el deber de elevar el recurso para su ulterior tramitación, o efectuar él mismo su tramitación en el caso excepcional en que así corresponda. El criterio expuesto fue en su momento consagrado por el decreto 1.759/72, que primigeniamente dispuso que cuando el particular interponía un recurso jerárquico “la autoridad que dictó el acto impugnado” debería proceder a elevarlo “de inmediato y de oficio al Ministerio.” (Art. 90; redacción hoy cambiada

<sup>23</sup> REAL, *op. cit.*, p. 274.

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

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

por un discreto plazo de 5 días hábiles administrativos.) En el caso del recurso jerárquico interpuesto en subsidio de uno de reconsideración, a su vez, el art. 88 también dispuso en 1972 que la elevación se haría “de inmediato, a pedido de parte.” En este supuesto se requería el impulso procesal del particular, pero la norma no reconocía a la autoridad emisora del acto impugnado intervención decisoria alguna en cuanto a la parte procedimental del recurso jerárquico, sino que establecía taxativamente que ella debía limitarse a elevar el recurso “de inmediato” al superior.<sup>26</sup> Pero el tiempo le llevó sabiduría y optó por escribir de nuevo la norma, dándose los mentados cinco días.

Estos principios funcionan razonablemente bien en la práctica, aunque por supuesto la elevación no es usualmente tan “inmediata” ni tan “de oficio” y a veces ni siquiera en los cinco días. Alguna actividad del particular suele ser requerida en la mayor parte de los casos y la autoridad inferior raramente resiste la tentación de producir un informe o dictamen acerca del fondo de la cuestión planteada por el particular en su recurso. Más aun, se piensa que *debe* hacerlo. Con sentido más general, si “la autoridad superior de un órgano administrativo [...] recibe un recurso con otra denominación, pero de cuyos términos fluye sustancia del jerárquico, debe encauzarlo, con los antecedentes respectivos, hacia el Poder Ejecutivo, por la vía ministerial correspondiente.”<sup>27</sup>

Esta doctrina es también aplicable en el caso de las denuncias de ilegitimidad, que consideramos teóricamente dirigidas al Poder Ejecutivo, en su carácter de jefe superior y responsable de toda la administración. Un funcionario de jerarquía inferior, al no ser responsable por la marcha de toda la administración, no puede desechar por sí la denuncia, sino que está obligado a elevarla a conocimiento del Poder Ejecutivo o del ministro<sup>28</sup> para que éste adopte en definitiva la decisión que corresponda en cuanto al fondo según el acto sea ilegítimo o no. El derecho del denunciante a que su denuncia sea resuelta en cuanto al fondo está reconocido en el decreto 229/00. (Art. 3º, inc. i.)

## 7. *El rechazo de escritos por la Mesa de Entradas*

### 7.1. *Expresiones injuriosas*

Queda con lo expuesto dicho que en modo alguno pueden los escritos presentados por terceros ser rechazados por una mesa de entradas de la repartición, o por la oficina a la cual sean presentados. El rechazo de los escritos, en cuanto a la no admisibilidad física o material de su presentación, es totalmente inaceptable en

<sup>26</sup> PTN, *Dictámenes*, 66: 235; 70: 159; 71: 89.

<sup>27</sup> PTN, *Dictámenes*, 66: 235, 70: 159; 71: 89.

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

el trámite administrativo.<sup>29</sup> Corresponde pues recibirlos, tramitarlos y resolverlos según su contenido. Sin embargo, en algunos casos la norma pone obstáculos a la petición de los particulares, lo cual provoca altercados con los empleados de las mesas de entradas que se niegan a recibir sus peticiones.<sup>30</sup> Lo dicho es aplicable incluso aunque los escritos tengan expresiones lesivas a la dignidad de los funcionarios, pues en tales casos, ya se ha resuelto, no corresponde sino que la autoridad competente para decidir sobre el fondo ordene testar las expresiones pertinentes.<sup>31</sup> En efecto, el art. 6° inc. a) del decreto 1759/72, en concordancia con el art. 5°, establece que corresponde al órgano competente “testar toda frase injuriosa o redactada en términos ofensivos o indecorosos.” Puesto que está determinado en forma expresa que corresponde —a la autoridad competente, que no lo es al efecto la Mesa de Entradas— *testar* toda frase indecorosa y ofensiva, va de suyo que no puede en cambio devolverse ni rechazarse un escrito por esa causal.<sup>32</sup> Estamos en suma en presencia de una facultad reglada de la administración, al haberse predeterminado cuál es la conducta que puede seguir la autoridad competente en caso de encontrarse con un escrito que contenga tales frases.<sup>33</sup>

## 7.2. *Escritos improcedentes*

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

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

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

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

<sup>31</sup> PTN, *Dictámenes*, 96: 299, 310 vta., *in fine*, en que se adoptó así la tesis que ya propugnamos en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1964, 1ª ed., p. 232, reimpresso como Libro III del t. 5; CREO BAY, HORACIO D., “Rechazo de escritos en sede administrativa,” *JA*, 1977-III, 646, § III, reproducido en CASSAGNE, JUAN C. (dir.), *Summa de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 941.

<sup>32</sup> Ver *infra*, t. 7, cap. XVII, § 13, “Estilo administrativo y estilo forense” y ss.

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

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

b) En caso de corresponder efectivamente su no consideración y la administración entienda que no debe adentrarse al estudio del asunto (casos de recursos de reconsideración contra actos ya reconsiderados, cuando se trata de la misma persona impugnando el mismo acto ante el mismo funcionario), lo que ella puede hacer<sup>35</sup> y de hecho hace, es archivar las actuaciones dictando al efecto el acto pertinente.<sup>36</sup> No podría ciertamente destruir el expediente, ni mandar devolver el escrito; tampoco puede entonces rechazar físicamente su interposición.

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

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

### 7.3. Comparación y conclusiones. La administración como acción

Hemos expuesto la necesidad de que los funcionarios intermedios o inferiores se abstengan de pretender analizar los escritos para verificar su procedencia o estilo. Una *primera* comparación con el proceso judicial favorecería *prima facie* a éste en desmedro de la eficacia requerida al procedimiento administrativo.<sup>38</sup> A ningún empleado de juzgado se le ocurriría controlar en la mesa de entradas la procedencia formal de la presentación del letrado: La agrega al expediente, eso es todo. En el procedimiento administrativo como vemos, es indispensable aclarar en doctrina lo que no parecen aclarar los funcionarios superiores: Que los inferiores no pueden rechazar escritos por la mesa de entradas, ni tampoco en las oficinas en que el expediente se encuentre. Esta diferencia se explica por la resistencia de la administración a recibir reclamos o denuncias, pero es además una negación explícita a otro de los caracteres que la doctrina postula para el procedimiento administrativo y para la administración misma: “también administrar es acción,

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

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

<sup>37</sup> Ampliar en CREO BAY, *op. loc. cit.*; *infra*, cap. XVII del t. 7.

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

es el *Tat* de LABAND, que además de lo expuesto exige eficacia, economía y fundamentalmente celeridad;<sup>39</sup> por ello la recepción normal de escritos sin pretendidas censuras, responde a los expresados criterios de economía, celeridad y eficacia. Éstas enfatizan el concepto de que la administración es acción. Si bien en algún caso conspiran contra las garantías en favor del administrado,<sup>40</sup> ello ciertamente no ocurre en este caso y para este efecto. Eficacia, celeridad y garantía, todos llevan a la misma solución.

Estas ideas generales sirven exactamente para mostrar el conflicto de autocontradicción que se presenta a aquellas soluciones de procedimiento que conspiran *a la vez* contra las garantías del administrado y contra la celeridad, eficacia y economía: El *Tat* administrativo, el obrar, la acción pueden a veces no ejemplificar celeridad, sencillez, economía, eficacia. Son muchos los casos en que la acción pura y simple es ineficacia, lentitud por complejidad y repetición. La acción es positiva sólo cuando sirve a un fin útil; la mera acción no orientada en los principios bien puede ser y a menudo es, también, contraproducente a los fines fácticos de rapidez, economía, etc. Por ello conviene recordar que “actividad” no significa necesariamente realizaciones útiles;<sup>41</sup> como expresábamos en otra obra al referirnos a la necesidad de la planificación en contraposición a las urgencias de la administración. La urgencia sin adecuada reflexión es el arrebato, el atolondramiento. Es hacer algo, sí, pero hacerlo *mal*. Debe entonces garantizarse la eficacia del procedimiento, creando los principios y mecanismos para evitar las acciones ineficaces, asegurar la unidad y celeridad,<sup>42</sup> procurando evitar las acciones obstaculizantes, paralizantes, deteriorantes, innecesarias o superfluas.

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

### 8. *La impulsión e instrucción de oficio*

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

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

<sup>40</sup> PRAT, *op. cit.*, p. 124.

<sup>41</sup> TERRY, GEORGES R., *Principios de administración*, México, 1962, p. 160.

<sup>42</sup> *Supra*, nota 1; *infra*, cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento,” § 1.2, “La inexistencia de un responsable del procedimiento,” cap. XVII del t. 7. SÁENZ propone “convertir ... el vicio de la demora en una «falta de servicio», al estilo de lo que [se] prevé en el derecho italiano.” (SÁENZ, JORGE A., “Principios generales del Derecho Administrativo,” en POZO GOWLAND, HALPERÍN, AGUILAR VALDÉZ, JUAN LIMA y CANOSA (dirs.), t. I, *op. cit.*, cap. VIII, p. 357.)

En el procedimiento administrativo son principios fundamentales el de la impulsión e instrucción de oficio,<sup>43</sup> además del de la verdad material.<sup>44</sup> En consecuencia, el funcionario a quien toca decidir sobre el trámite del recurso puede y debe adoptar las medidas que sean necesarias para la adecuada impulsión del procedimiento<sup>45</sup> y para la averiguación de los hechos reales.<sup>46</sup> Debe también, entonces, decidir la apertura a prueba del expediente en los casos en que ello sea oportuno; por iguales razones debe pedir los informes y dictámenes que sean convenientes para la resolución del caso.

### 9. *Invitación a las partes a reuniones*

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

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

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

<sup>45</sup> Debe con todo distinguirse cuidadosamente el principio teórico y la práctica administrativa, que explicamos *infra*, t. 7, cap. XVII, “El procedimiento administrativo en la práctica,” § 6, “La impulsión personal de las actuaciones.” Como dice GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de práctica forense administrativa*, Madrid, Civitas, 2001, 6ª ed. p. 130, “El panorama, pues, no es nada alentador cuando la Administración —o mejor, alguno de sus agentes— se obstina en no tramitar un procedimiento.”

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



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

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

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

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

<sup>47</sup> BACACORZO, *op. cit.*, comentario al art. 28, § 1.

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

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> VIVANCOS, *op. cit.*, p. 78.



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

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

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

### 10. Caducidad del procedimiento

Si bien el principio legal que rige el procedimiento es la impulsión de oficio,<sup>54</sup> existen excepciones en que el impulso le corresponde a la parte<sup>55</sup> y en tales casos puede analizarse la aplicación del ap. 9° del inc. e) del art. 1° del decreto-ley 19.549/72.<sup>56</sup> Esta norma prevé que cuando un trámite se paralice 60 días hábiles administrativos por causa legalmente imputable al administrado, o sea, causa que *impida* la prosecución del trámite y *no sea subsanable por actividad*

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

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

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

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

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

*instructora o impulsión administrativa de oficio*<sup>57</sup> podrá intimársele a realizar aquella actividad procesal que tiene paralizado el trámite.

Si transcurridos 30 días desde la intimación el particular no activa el procedimiento, se puede disponer el archivo de las actuaciones;<sup>58</sup> pero el interesado puede luego de todos modos volver a ejercer sus pretensiones “en un nuevo expediente, en el que podrá hacer valer las pruebas ya producidas.” Se puede desarchivar<sup>59</sup> y reactivar el mismo número de expediente, ya que la expresión “nuevo expediente” no puede entenderse como presentación con nuevo número y carátula, sino meramente nueva presentación ulterior.

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

Cabe recordar a este respecto la diferencia señalada por HUTCHINSON<sup>61</sup> en relación al proceso civil. En éste, la mera paralización de las actuaciones sin actos que configuren impulso procesal, determina la caducidad, que puede y debe ser declarada por el tribunal de oficio o a pedido de parte y notificada. En cambio en el procedimiento administrativo se requiere siempre la intimación previa, que permite entonces la intervención saneadora del interesado, dispuesta para

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

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

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

<sup>60</sup> PTN, *Dictámenes*, 191: 132.

<sup>61</sup> HUTCHINSON, *op. cit.*, t. I, p. 57.

aumentar las garantías del particular. No se produce de pleno derecho.<sup>62</sup> Por otra parte, las disposiciones relativas a la caducidad en el procedimiento administrativo deben aplicarse con criterio restrictivo.<sup>63</sup>

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

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

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

## 11. *Facultades disciplinarias*

### 11.1. *Problemas que presenta*

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

Se había interpretado, como quedó dicho, que le cabía a la administración la facultad de testar frases injuriosas o agraviantes en los escritos, y no se habían presentado en la práctica problemas que requirieran de más normas o previsiones legales.

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

<sup>63</sup> PTN, *Dictámenes*, 159: 74.

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

<sup>65</sup> PTN, *Dictámenes*, 175: 95.

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

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

<sup>68</sup> Ver *infra*, cap. VIII, § 7, “Suspensión, interrupción, remisión.”

En efecto, siendo el procedimiento escrito, es poco lo que cualquiera de las partes puede hacer atentatorio contra el orden del proceso, sobre todo considerando que la impulsión e instrucción son de oficio. La propia administración puede y debe encauzar ese orden adoptando las medidas de trámite y de fondo necesarias.<sup>69</sup> En el derecho comparado puede recordarse p. ej. que en Costa Rica el art. 220 de la Ley General de la Administración Pública, dispone que “El derecho de defensa deberá ser ejercido por el administrado en forma razonable. La Administración podrá *excepcionalmente* limitar su intervención a lo prudentemente necesario y, *en caso extremo* exigirle el patrocinio o representación de un abogado, sin llegar a la supresión de los derechos de audiencia y defensa antes consagrados:” Lo que se contempla como *extremo* sancionatorio es nada más que exigirle la intervención de un profesional. Tampoco el reglamento uruguayo o el peruano han considerado necesario crear facultades disciplinarias al funcionario respecto de las partes. En el derecho español, en que la ley se limita a prever la comparecencia de los administrados a las oficinas públicas sólo “cuando así esté previsto en una disposición legal o reglamentaria,” tal disposición le mereció oportunamente a VIVANCOS el siguiente comentario básico: “La exagerada idea que frecuentemente tiene el funcionario de su propia autoridad sólo se supera por la más exagerada aun que suele tener el ciudadano de la autoridad del funcionario. El resultado de este juego de exageraciones es funesto en cualquier parte, porque cada una de estas actividades sirve de provocación al desarrollo de la otra; cuanto más se acobarde el administrado mayor será en el funcionario la tentadora inclinación a la soberbia y viceversa.”<sup>70</sup> Dentro de ese contexto de derecho y doctrina comparada es claro que no correspondía en absoluto crear un “régimen disciplinario” dentro del procedimiento administrativo argentino.<sup>71</sup>

### 11.2. La norma “legal”<sup>72</sup>

No obstante, el decreto-ley 19.549/72 introduce la cuestión dentro del procedimiento administrativo nacional y lo hace a guisa de proteger la “celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites;” en efecto, el art. 1º, inc. b) efectúa

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

<sup>70</sup> VIVANCOS, *op. cit.*, p. 78.

<sup>71</sup> En sentido contrario, para BARRAZA las potestades sancionatorias de la Administración han tenido un tratamiento insuficiente en el decreto-ley 19.549/72: “Si un funcionario genera con su decisión o impericia una pérdida para la Administración, corresponde algún tipo de sanción ... Si bien la Administración no está guiada por el lucro ... ello no deber conducirnos a pensar que deba generar pérdidas por todo.” (BARRAZA, JAVIER I., “Potestades Sancionatorias de la Administración en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos,” en POZO GOWLAND, HALPERÍN, AGUILAR VALDÉZ, JUAN LIMA y CANOSA (dirs.), t. I, *op. cit.*, cap. XXIV, p. 916.)

<sup>72</sup> Arrastramos este lapso desde muchas ediciones, lo cual demuestra la real peligrosidad de seguir llamando leyes a los decretos leyes de los gobiernos militares: *Supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. I, § 5.2.

una delegación al Poder Ejecutivo “para regular el régimen disciplinario que asegure el decoro y el orden procesal,” al tratar del principio antes enunciado. Esa delegación incluye además en forma expresa la potestad de aplicar multas hasta un monto máximo que la ley determina y cuya actualización autoriza.

### 11.3. *Destinatarios de la norma*

Como la norma del decreto-ley no aclara a quiénes es aplicable, cabe concluir que lo es a todos los sujetos de derecho y órganos intervinientes en el procedimiento: Tanto a los particulares como a los funcionarios públicos<sup>73</sup> y órganos estatales. La reglamentación, al anunciar las concretas sanciones aplicables, tampoco formula distinción alguna, excepto en la sanción de separación de los apoderados, que hace inaplicable a los agentes públicos, remitiéndose a su régimen disciplinario funcional.<sup>74</sup> La inaplicabilidad de *esta* sanción a los funcionarios públicos se refiere a los casos en que ellos actúan en calidad de tales.<sup>75</sup> Cuando el funcionario actúa por su propio derecho le son aplicables iguales reglas que a los demás; también cuando discute actos que se refieren a su condición de funcionario (derechos, deberes, responsabilidad, etc.), él no actúa en ejercicio de la función<sup>76</sup> sino de sus derechos como persona física. La inaplicabilidad de esta sanción a los funcionarios públicos en ejercicio de su función hace que los mandatarios de los entes descentralizados no puedan ser separados de su mandato por quien lo instruye. Si se dijera que en realidad el espíritu de la norma legal y reglamentaria es que la potestad disciplinaria procedimental existe sólo sobre los particulares pero no sobre los agentes públicos que intervienen en el procedimiento,<sup>77</sup> cabría replicar que esto constituiría una equivocada percepción de la realidad del trámite, en el cual lo más frecuente es que las transgresiones al principio de “celeridad, economía, sencillez y eficacia” y al “orden procesal,” provengan no ya de los particulares en procura de justicia, sino de los mismos funcionarios intervinientes y del propio aparato burocrático. Si a alguien cabe “disciplinar” para el “orden procesal,” no ha de ser a los particulares necesitados de defender sus derechos, sino a los funcionarios cuando entorpecen, dificultan o demoran el ejercicio de tal garantía constitucional de defensa.<sup>78</sup>

<sup>73</sup> Corrientes, 241, faculta al particular a requerir judicialmente la aplicación de estas sanciones al funcionario. En igual sentido Jujuy, 7°; Santiago del Estero, 5° y 6°.

<sup>74</sup> Art. 6°, inc. e) *in fine* del reglamento nacional; Buenos Aires, arts. 7 y 8; Catamarca, art. 52; Córdoba, art. 10; Mendoza, art. 114 y Neuquén, art. 111.

<sup>75</sup> Como aclara DOCOBO, *op. cit.*, § V, ap. b).

<sup>76</sup> *Supra*, t. 1, cap. XII, § 3, “El órgano y el funcionario” y cap. XIII, “Agentes públicos.”

<sup>77</sup> Esta tesis está p. ej. expresamente consagrada en los arts. 8° de la Prov. de Buenos Aires; 11 de La Pampa; 114 de Mendoza; 4° de Tucumán.

<sup>78</sup> La solución no varía haciendo referencia al concepto de “parte.” Sea que se diferencie entre “interesados” y “terceros” (MOSTAFÁ PAOLINI, HADEL JOSÉ, *Interesados y terceros en el ámbito administrativo*, Caracas, EJV, 1973), o incluso que se limite el carácter de “parte” sólo a personas físicas o jurídicas, negándolo a los órganos administrativos (solución errada, pues como dice CAMMEO, *op.*

Cuando el funcionario actúa en el procedimiento administrativo como parte estatal frente a un particular, él debe también actuar en correcto cumplimiento de las normas procedimentales establecidas tanto para los funcionarios como para los administrados. De transgredir dichas normas y principios, corresponde que le sean aplicadas estas disposiciones disciplinarias específicas para el procedimiento, sin recurrir necesariamente al sistema más complejo de las sanciones de la ley 25.164<sup>79</sup> sobre empleo público<sup>80</sup> y la ley 25.188 de ética pública. En otras palabras, el agente está sometido en general a las normas disciplinarias del Estado y en particular a las normas disciplinarias del procedimiento en cuanto pueda transgredirlas. La regla *non bis in idem* impide, por cierto, sancionarlo dos veces por el mismo hecho, sin perjuicio de que el reiterado incumplimiento de las normas procedimentales y la consecuente aplicación de sanciones disciplinarias administrativas de procedimiento, pueda luego ser tenido en cuenta en el legajo del funcionario a los efectos del carácter progresivo de algunas sanciones. Otra interpretación implicaría ver la realidad al revés y llevaría a incorporar al procedimiento un instrumento grave de presión sobre los ciudadanos, en detrimento del objetivo que todo el procedimiento debe cumplir en atención a los principios de legalidad objetiva, garantía de defensa, informalismo, impulsión e instrucción de oficio, etc.<sup>81</sup> Sostenemos por ello que esas facultades disciplinarias alcanzan tanto a los particulares como a los funcionarios públicos y que la limitación indicada al final del inciso debe interpretarse aplicable sólo a la sanción de dicho inciso e).

La interpretación que aquí adoptamos podrá encontrar contrincantes. Habrá quienes prefieran atenerse a la intención presunta de los autores del reglamento y sostener entonces que estas potestades sancionatorias son precisa y exclusivamente para los particulares que vengan en el curso de sus reclamos a perturbar la eficacia del aparato administrativo. Pero esto lleva al exceso si alguien no

*cit.*, p. 664, “La administración [...] es *parte*, no juez.”) Las facultades disciplinarias, en efecto, van dirigidas no contra el titular del derecho que se dilucida en el procedimiento, sino contra la persona física que interviene en él: Contra el letrado de la parte, contra la parte misma si ella comparece por sí, contra el funcionario público que en defensa de los intereses de la administración perturbe el procedimiento. Tratándose de facultades disciplinarias sobre las personas físicas que intervienen y no estrictamente sobre las personas jurídicas cuyos derechos son discutidos, se justifica claramente sancionar a tales personas aunque no revistan carácter de parte, como ocurre con los letrados y los agentes públicos.

<sup>79</sup>Reglamentada por decr. 1421/02.

<sup>80</sup>Para una explicación somera del régimen del empleo público ver *supra*, t. 1, cap. XIII; BALBÍN, *Curso de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. 1, cap. VIII, § VII, pp. 703-730. Para un mayor desarrollo ver GARCÍA PULLÉS, FERNANDO (dir.), BONPLAND, VIVIANA y UGARTE, MARCELO L., colaboradores, *Régimen de empleo público en la administración nacional*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005; IVANECA, MIRIAM MABEL, *Las relaciones de empleo público*, Buenos Aires, La Ley, 2009; BASTONS, JORGE LUIS (dir.), *Empleo público*, La Plata, LEP, 2006; BRITO, “Régimen disciplinario,” *op. loc. cit.*; DAUD, MARÍA GABRIELA, “El procedimiento administrativo disciplinario,” en TAWIL, *op. cit.*, cap. XLI, pp. 529-539; CABRAL, PABLO O. / SCHREGINGER, MARCELO J., *El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.

<sup>81</sup>*Supra*, t. 2, cap. IX, § 15, “Principio de la oficialidad” y *supra*, referencias de la nota 45.

guarda todo el protocolar trato y pleitesía que algún desubicado quiera exigir hacia sí mismo. Conviene derogarlo o al menos inaplicarlo. Debemos rescatar, una vez más, el fin último del orden jurídico y en especial el fin específico del procedimiento y los recursos administrativos, que no es otro que “la necesidad de establecer medios enérgicos para impedir que dichas autoridades se extralimiten en sus atribuciones cada vez más amplias y vigorosas, de tal forma que pueda reforzarse la endeble posición del administrado.”<sup>82</sup>

#### 11.4. *Órgano competente para ejercerlas*

El decreto 1759/72 precisa que el objetivo de esta facultad es “mantener el orden y decoro de las actuaciones,” a cuyo efecto faculta al “órgano competente” (arts. 5° y 6°) a aplicar sanciones. Por ser una facultad disciplinaria cabe aplicar análogicamente el art. 38 del reglamento, que declara autoridad competente para disponer la reserva de las actuaciones al subsecretario del ministerio, o al titular del ente descentralizado de que se trate. El art. 2° del decreto apunta a similar solución, al facultar a los ministros y a los órganos directivos de los entes descentralizados a dirigir el procedimiento;<sup>83</sup> no nos parece admisible delegarla.<sup>84</sup>

#### 11.5. *Sanciones aplicables*

##### 11.5.1. *Graduación de su ejercicio*

Debe existir un orden en las sanciones disciplinarias: No podría disponerse un apercibimiento sin antes haber efectuado uno o más llamados de atención, ni aplicar una multa sin el procedimiento de apercibimiento previo. La exclusión de las audiencias, la sanción de mayor gravedad, no podría así normalmente aplicarse si antes no se ha sancionado del modo indicado a las partes. La sanción de separación del mandatario, de máximo rigor, ha de considerarse también en este orden de ideas, sin perjuicio de que a nuestro modo de ver y según ya hemos explicado es en sí misma inválida.<sup>85</sup> Las diversas sanciones deben interpretarse restrictivamente. Su enumeración es taxativa.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*, p. 60.

<sup>83</sup> DOCOBO, *op. cit.*, con distintos argumentos.

<sup>84</sup> En contra DOCOBO, *op. cit.*, p. 283. En cambio la tesis tradicional de la PTN, *Dictámenes*, 96: 299, es que al resolver el fondo del recurso la autoridad competente ha de decidir también lo pertinente en materia de sanciones disciplinarias, sin desdoblarse el trámite en un acto intermedio de aplicación de estas sanciones.

<sup>85</sup> Corrientes, art. 242, prevé llamado de atención, apercibimiento, multa; no la exclusión de las audiencias ni la separación de los mandatarios. Son situaciones de demasiada excepcionalidad como para que valga la pena contemplarlas normativamente.

<sup>86</sup> DOCOBO, *op. ult. cit.*, p. 285.



### 11.5.2. *Llamado de atención o apercibimiento*

La jurisprudencia ha distinguido entre el llamado de atención y el apercibimiento, señalando que el primero, más que una sanción *stricto sensu*, es más bien una advertencia dirigida a evitar la presumible comisión inminente de una incorrección futura, o la reiteración de una irregularidad anterior que se decide no punir directamente: Es entonces de carácter preventivo antes que represivo; del apercibimiento se dice que constituye lisa y llanamente una sanción disciplinaria.<sup>87</sup> En el supuesto de que el apercibimiento o llamado de atención sea a uno de los funcionarios públicos intervinientes, va de suyo que no se trata de las sanciones de similar nombre que tienen los regímenes disciplinarios por faltas en el servicio,<sup>88</sup> sino que se trataría sólo, en principio, de una sanción de estricto alcance procedimental. El funcionario actúa en tal caso en defensa de sus derechos personales y no en ejercicio de su función, por lo que no está actuando como agente público ni por ende bajo ese tipo de subordinación disciplinaria.

### 11.5.3. *Testado*

La facultad del inc. *a*) para testar “toda frase injuriosa o redactada en términos ofensivos o indecorosos,” desde luego, requiere decisión expresa y previa audiencia del interesado (art. 1º, inc. *f*), ap. 1º del decreto-ley), pues se trata de una decisión, por lo tanto un acto administrativo y no meramente de una actividad *material* de obliteración o destrucción parcial de escritos presentados por los interesados. Esto último, por supuesto, constituirá una grave irregularidad administrativa y, además, una adulteración de instrumento público, punible penalmente, por ser el escrito parte del expediente administrativo en su materialidad originaria.<sup>89</sup>

### 11.5.4. *Multas*

Conforme al inc. *d*) del mismo art. citado también se podrán aplicar las multas autorizadas por el decreto-ley, las que una vez firmes y si han sido dictadas de acuerdo a los recaudos del art. 7º<sup>90</sup> y demás normas concordantes del decreto-ley, podrán ser ejecutadas por los representantes judiciales del Estado, por el procedimiento de apremio.<sup>91</sup>

<sup>87</sup> Ver la jurisprudencia y doctrina que cita DOCOBO, *op. cit.*, p. 282, notas 17 y 19, especialmente CSJN, *Fallos*, 242: 179, *Carrizo*, año 1958, publicado con nota de PRÓCULO en *LL*, 96: 501.

<sup>88</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. XIII, “Agentes públicos,” § 11, “La responsabilidad.”

<sup>89</sup> Ver *supra*, t. 3, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos.”

<sup>90</sup> Competencia, “causa” (o sea, sustento fáctico suficiente), dictamen jurídico, audiencia previa, motivación suficiente, razonabilidad y proporcionalidad; entre otros.

<sup>91</sup> Art. 6º, inc. *d*) de la reglamentación; arts. 604 y 605 del CPCCN. El código procesal administrativo bonaerense sólo limita la competencia del fuero en la medida que la multa tenga que ver con cuestiones tributarias y cuando se relaciona con otras materias como, por ejemplo, la sanitaria, y siempre que no quede excluida, ver ley 12.008, conf. ley 13.101, art. 2º inc. 1º, segunda parte, e inc. 5º.



### 11.5.5. *Exclusión de las audiencias*

Esta facultad establecida en el inc. b), del mismo artículo, que autoriza al funcionario a excluir de las audiencias “a quienes las perturben” es a nuestro juicio de las más graves en el procedimiento administrativo. Se trata de las audiencias de testigos o de otras diligencias probatorias realizadas con la necesaria intervención y control de las partes, en las cuales los letrados o las partes presentes pueden como en el proceso judicial hacer manifestaciones que “atentan contra el buen orden de la audiencia.” Va de suyo que formular observaciones, repreguntas o preguntas que no sean del agrado del funcionario no es perturbar el acto, pues la otra parte puede oponerse a la pregunta y el funcionario hacer lugar a la oposición. No habiendo partes contrapuestas, el propio funcionario puede decidir, luego de dejar constancia escrita en el acta de la pregunta u observación formulada por el letrado o la parte, que dicha pregunta sea o no contestada por el testigo o imputado, o que la observación no sea atendida. Si se torna indispensable “excluir” de la audiencia a la parte o al letrado, corresponde suspenderla para que la exclusión no cree indefensión y lleve a la nulidad.<sup>92</sup> No conocemos de casos en que se la haya aplicado.

### 11.5.6. *Separación de los apoderados*

El inciso e) pretende conferir a la administración la facultad de exigir a la parte que prescinda de su apoderado e intervenga directamente o por nuevo apoderado, bajo apercibimiento de suspender los procedimientos o continuarlos sin su intervención.<sup>93</sup> Cabe destacar que la norma autoriza a separar solamente a los apoderados o mandatarios, no así a los profesionales que actúan en el solo carácter de patrocinantes.<sup>94</sup> Esta norma, por lo demás, es inaplicable a los órganos o funcionarios públicos, tal como este inc. e) del art. 6° del reglamento aclara expresamente en su parte final. Llama ciertamente la atención que los autores de la norma se hayan visto inspirados a crear una sanción disciplinaria que no existe en el orden procesal común.<sup>95</sup> Ya hemos señalado que a nuestro juicio se trata de una disposición írrita. En todo caso y en honor al buen tino de la administración activa, ya que no a su actividad reglamentaria en los gobiernos *de*

<sup>92</sup> Comp. HUTCHINSON, *op. cit.*, t. II, p. 58, quien señala que si los separados fueran los interesados o letrados patrocinantes, pero no los mandatarios, la audiencia tiene que seguir su curso sin su presencia. Sin embargo, la norma no faculta sino a la separación del mandatario, no a la del interesado directo ni a la de sus letrados patrocinantes.

<sup>93</sup> ¿Cabe suponer que el sentido de la norma es que en caso que el particular no se presente, por sí o por nuevo apoderado, la administración continuará *inaudita parte* con el procedimiento? Ello, desde luego, sería otro argumento más para considerarla inconstitucional. Ampliar en este vol., *supra*, cap. I, “Las partes,” § 13.7, “Separación administrativa del mandatario.”

<sup>94</sup> DOCOBO, *op. cit.*, p. 282.

<sup>95</sup> *Supra*, cap. I, “Las partes,” § 13.7, “Separación administrativa del mandatario.” Comp. DOCOBO, *op. cit.*, pp. 282-3, quien no señala objeciones.

*facto*, cabe reconocer que no se conocen casos de aplicación de la norma. Ella ha caído en *desuetudo* por su manifiesta violación al debido proceso legal.

### III. *Facultades respecto al fondo de los recursos*

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

Según dijimos al hablar de los efectos de la interposición del recurso, dicha interposición no limita las facultades del inferior para revocar por contrario imperio su propio acto. Ello ha sido fundado, con acierto, en el carácter administrativo y no jurisdiccional de las facultades del órgano que dictó el acto recurrido. Ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que “Si la actividad desplegada fuera una *actividad administrativa*, y por ende, su consecuencia, la emanación de *actos administrativos*, la rectificación sería posible, salvo normas expresas en contrario, por aplicación del principio doctrinal de la revocabilidad de los actos administrativos.”

“Tan es así que, tratándose de actos administrativos recurridos por vía jerárquica, la doctrina admite que la autoridad de quien los actos emanaron pueda revocarlos o modificarlos, por ejemplo, si hubiese incurrido en error (RAGNISCO, L., *I ricorsi amministrativi*, 1937, pp. 127-8; ALESSI, RENATO, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffrè, 1949, p. 101.) Hay quien sostiene, sin embargo, que ‘la interposición del recurso de alzada deja momentáneamente en suspenso la facultad que ésta pudiera tener para modificar o revocar el acto impugnado.’”<sup>96</sup> Es de indicar, por otra parte, que VILLAR Y ROMERO sostiene ya en la segunda edición de su obra que “la interposición del recurso no impide tampoco que la autoridad que ha adoptado la decisión revoque el acto recurrido...”<sup>97</sup>

Así funciona por otra parte en la práctica y no es muy extraño que un director nacional cuyo acto es recurrido jerárquicamente revoque por contrario imperio su acto de gravamen si algún dictamen posterior es contrario a su tesis, sin esperar así la resolución ministerial en tal sentido. De esa manera, con la todavía oportuna revocación del acto lesivo por la autoridad que lo dictó, se ahorran trámites innecesarios. Desde luego, no es admisible el empeoramiento del gravamen, o *reformatio in pejus*.<sup>98</sup>

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

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

<sup>98</sup> ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, vol. I/1, Madrid, Tecnos, 1998, 12ª ed., p. 278 y sus referencias de la nota 11. Ver *infra*, notas 100, 116, 123 y 125. Acerca de la procedencia del recurso de reconsideración contra un acto originario del Poder Ejecutivo, ver LLAPUR, SAID J., “Recurso de revocatoria contra actos originarios del Poder Ejecutivo en la Provincia de

### 12.1. Límites a la facultad de revocar

Dado que tal criterio implica un mayor beneficio para el particular (pues su derecho es reconocido más rápidamente) y que en definitiva significa una aceleración y economía administrativa, nos parece conveniente mantenerlo. Va de suyo, por supuesto, que tales facultades del inferior para modificar su acto impugnado, existen sólo en tanto y en cuanto hagan lugar a lo petitionado por el interesado; es obvio que su competencia ha quedado implícitamente suspendida en lo que se refiere a la posibilidad de hacer más gravoso aun el acto impugnado. Sería nulo, por lo tanto, el acto del inferior jerárquico que pretendiera resolver en cuanto al fondo del recurso, rechazándolo.<sup>99</sup> En conclusión, las facultades del funcionario que ha dictado un acto que es luego impugnado por el interesado, se limitan a la posibilidad de hacer lugar, total o parcialmente, a lo solicitado por el peticionante; no tiene pues facultades para rechazar lo solicitado ni para de otra forma modificar de manera más gravosa el acto. Por ello las únicas facultades admisibles que tiene respecto de su acto son aquellas cuyo ejercicio resulte en beneficio del recurrente. De producirse la total aceptación de lo petitionado por el recurrente, esa decisión hace caer el recurso jerárquico, apelación, alzada, etc., por cuanto dejaría de existir interés actual del individuo; si la decisión se limita a revocar parcialmente el acto o hacer lugar parcialmente a lo solicitado, ella debe ser notificada al particular y éste decidirá en esa oportunidad si mantiene el recurso por los puntos o aspectos no comprendidos en la decisión, o si en cambio desiste del mismo con ese alcance. A su vez, si el acto no se encuentra firme porque además del recurso del interesado directo hay también un recurso opuesto de un coninteresado, entonces la administración se encuentra facultada para decidir *ex novo*. Es el resultado de la aplicación del principio de contradicción.<sup>100</sup>

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

Como corolario de lo anterior, se sigue que un funcionario de jerarquía intermedia entre aquél que dictó el acto impugnado y aquél a quien toque resolverlo en definitiva, tiene también facultades de revocación o modificación sobre el acto

Jujuy,” *LLNOA*, 2005 (diciembre), p. 1359 y *Ley de procedimientos administrativos de la Provincia de Jujuy. Anotada y comentada*, Buenos Aires, Dunken, 2005, pp. 145 y ss.

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

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

del inferior,<sup>101</sup> manteniéndose desde luego la vigencia del principio de la prohibición de la *reformatio in pejus*. Así entonces si un acto de un director nacional es impugnado ante el ministro mediante recursos jerárquicos, el secretario de Estado, autoridad intermedia en la escala jerárquica, tiene facultades para hacer lugar a lo solicitado por el recurrente, pero no para rechazarlo. Todo lo que estamos exponiendo, desde luego, se refiere solamente al caso en que hay un interesado en la revocación del acto y no existen contra interesados a quienes el acto impugnado beneficie.

El fundamento de esta solución intermedia reside en que las facultades del funcionario (inferior o intermedio) para revocar el acto se derivan del control de legitimidad que tiene sobre sus propios actos o los de sus inferiores. Este principio se aplica sólo en los casos en que hay relación de jerarquía entre el funcionario intermedio y el autor del acto impugnado; de lo contrario tal control de legitimidad no existe. Así p. ej., las decisiones de entidades autárquicas y otros entes descentralizados impugnadas por recursos de alzada ante el ministro del ramo, no pueden ser revocadas por razones de ilegitimidad por un secretario de Estado o director nacional, pues estos carecen de supremacía sobre aquéllas.<sup>102</sup> La posible revocación del acto impugnado por quien no tiene competencia para resolver el recurso *stricto sensu*, pero sí supremacía jerárquica sobre el autor del acto dentro de la administración central, se funda en dicha jerarquía pero no en el recurso mismo. Formalmente, no implica decisión del recurso; por eso, no puede rechazar la petición. Rechazar el reclamo implicaría decidir el recurso; revocar el acto no lo es necesariamente, ya que puede también suponer mero control de legitimidad.

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

##### 14.1. *Admisión del recurso*

Si el superior jerárquico del funcionario que dictó el acto impugnado resuelve hacer lugar al recurso y modifica, sustituye o extingue de cualquier manera el acto recurrido, no podría luego el inferior revocar su acto o adoptar una decisión que importara un apartamiento o modificación de lo ya resuelto por el superior. En otras palabras, el inferior carece ya de competencia para decidir nuevamente la cuestión por iguales motivos.<sup>103</sup> Se sostiene en cambio que sí podría hacerlo por

<sup>101</sup> CAMMEO, *op. cit.*, p. 667; CAJARVILLE PELUFFO, *op. cit.*, p. 97.

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

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

motivos diversos de los tenidos en cuenta por el superior,<sup>104</sup> pero nos parece que esto es limitar en demasía el efecto de la decisión del recurso, ya que no habría seguridad para el recurrente de las resoluciones adoptadas en los recursos por él interpuestos.

#### 14.2. *Rechazo del recurso por razones formales*

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

#### 14.3. *Rechazo de la denuncia de ilegitimidad*

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

#### 14.4. *Rechazo del recurso*

Por último ¿cuál habrá de ser el criterio a aplicar frente a un recurso jerárquico, de apelación o de alzada, que es admitido formalmente pero rechazado en cuanto al fondo? ¿Mantiene en tal caso el inferior la facultad de revocar su propio acto no obstante la decisión del superior? La doctrina resuelve la cuestión en sentido

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

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

afirmativo<sup>106</sup> y si bien es quizá un caso más dudoso que los dos anteriores que acabamos de explicar, estimamos que las mismas razones son aplicables para resolverlo de igual manera. Se ha expresado en tal sentido que en realidad el acto que rechaza el recurso no es una confirmación del acto impugnado, sino simplemente una desestimación del recurso, “en el sentido que la autoridad decidente del recurso declara que los motivos por los cuales el acto había sido impugnado no son fundados, pero no (es) ya una confirmación de que el acto impugnado es legítimo y oportuno [...] la decisión desestimatoria del recurso, es pura y simplemente una decisión desestimatoria del recurso, es decir no es una confirmación del acto administrativo.”<sup>107</sup> No tiene sentido ponerse a defender la jerarquía administrativa, como si ésta estuviera en peligro. El defecto por el que peca la administración pública no es que los subordinados se apresuren y entrometan a tomar decisiones y asuman responsabilidades que podrían dejar a sus superiores, sino precisamente al contrario. Todo lo quieren remitir a “la superioridad.” “Un ente metafísico omnisciente protector que parece flotar en el aire y no es un ser humano.”<sup>108</sup> No es necesario, por ello, proteger un orden jerárquico supuestamente lesionado por funcionarios inferiores que continuamente contrariarían supuestas decisiones de sus superiores.<sup>109</sup> Si bien se piensa, solamente cuando la gravedad del vicio se le haga al autor del acto muy manifiesta (o cuando las circunstancias de hecho varíen de forma completamente clara), considerará oportuno modificar su acto a pesar del rechazo del recurso interpuesto por el particular. Por ello consideramos acertado el principio afirmativo de la competencia del inferior para revocar su propio acto a pesar del rechazo del recurso por el superior, tal como

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

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

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

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

lo enuncia la doctrina;<sup>110</sup> se deja a salvo, claro está, lo expresado respecto al caso en que el superior modifica, sustituye, etc., el acto administrativo.<sup>111</sup>

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

La decisión del recurso es ante todo un deber del funcionario y como tal lo volvemos a tratar.<sup>112</sup> Ahora nos referiremos a dicha decisión con especial referencia a la amplitud de las *facultades* con que cuenta el funcionario que va a dictarla. El funcionario con competencia para decidir el recurso tiene facultades para corregir los *fundamentos* de derecho dados por las partes y para darles la correcta calificación que corresponda a los recursos; también para decidir *cuestiones no propuestas* por las partes, pero que surgen del expediente. En este sentido no es aplicable el criterio judicial que prohíbe decidir *ultra petitem*.<sup>113</sup> Puede también revocarlo, modificarlo o sustituirlo a favor del recurrente.<sup>114</sup> Sin embargo, no puede modificar la parte o aspectos no impugnados del acto, en la medida en que tales aspectos del mismo hayan concedido *derechos* al recurrente o a terceros y haya estabilidad del acto administrativo,<sup>115</sup> pues tales partes del acto están firmes y son así irrevisables de oficio y al no cuestionarlos el particular, no pueden tampoco dar lugar a la revisión en base al recurso.<sup>116</sup>

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

<sup>110</sup> Ver las referencias de la nota 107.

<sup>111</sup> Ver *supra*, § 14.1, "Admisión del recurso."

<sup>112</sup> Ver *infra*, § 20, "Decidir expresamente todas las peticiones."

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

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

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

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



vicios que pueda encontrar la administración en el acto impugnado. De cualquier manera es aplicable la prohibición de *reformatio in pejus*.<sup>117</sup>

Esta fue inicialmente la posición de la Procuración del Tesoro de la Nación con relación a la aplicación de multas administrativas de naturaleza penal, por aplicación de principios derivados del derecho penal y la corriente doctrinaria que veda la admisibilidad de la *reformatio in pejus* en toda clase de procedimientos administrativos.<sup>118</sup> Posteriormente<sup>119</sup> la extendió a la materia disciplinaria. Con todo, es de señalar que existen opiniones en contrario.<sup>120</sup> Tampoco el derecho comparado es uniforme.<sup>121</sup> De tal modo, la decisión del recurso no podría reconocer menos al recurrente que lo que le reconocía el acto impugnado cuando él tuviera estabilidad o “cosa juzgada administrativa,” pues las facultades de la administración para volver sobre esos actos sólo existen en la medida en que

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

<sup>118</sup> PTN, *Dictámenes*, 143: 362; 151: 120.

<sup>119</sup> PTN, *Dictámenes*, 175: 37.

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

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



con ello se beneficia el particular,<sup>122</sup> salvo casos de nulidad absoluta.<sup>123</sup> También cabe señalar que la posibilidad de que se produzca la *reformatio in pejus* en un procedimiento administrativo es peligrosa, porque puede ser usada como un medio de coaccionar indirectamente a los administrados para no interponer recursos contra sus actos. Hay así, en efecto, una amenaza actual o virtual de empeorar aun más la situación jurídica en que se los ha colocado en virtud del acto anterior. Por ello la doctrina llama “instrumento de coacción” a una facultad de tal índole que pudiera querer reconocérsele a la administración.<sup>124</sup> Un arma tan formidable frente al administrado<sup>125</sup> se vuelca también contra el interés público de que la administración no dicte ni mantenga actos administrativos ilegítimos.<sup>126</sup>

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

Por tales razones reiteramos que es inadmisibles la *reformatio in pejus* en materia de recursos administrativos,<sup>127</sup> respecto del propio recurrente. En cam-

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

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

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

<sup>125</sup> Esta aseveración, ya antigua en el derecho administrativo argentino y que venimos expresando hace décadas, se ve reforzada en épocas en que la administración, o al menos algunos de sus funcionarios políticos, son proclives a emplear las vías de hecho, las amenazas, etc., contra los particulares, sean ellos individuos o empresas. Es deber de la doctrina elaborar soluciones que coadyuven a prevenir ese estado de cosas, no a fomentarlo. La justicia hace mucho para encarrilar a la administración en el cumplimiento de la ley, pero no ha de olvidarse el rol coonestador que a veces desempeña la doctrina. Ver D'ARGENIO, INÉS A., “La manera más conveniente de administrar el país (II),” en *LL*, 2010-C, 912-915..

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

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

bio, habiendo un *contrainteresado*<sup>128</sup> beneficiado por el acto que se impugna, la decisión del recurso puede perjudicarlo, ya que si no se pudiera revocar el acto, el recurso carecería de sentido.<sup>129</sup> Más compleja es la situación en caso de haber un *cointeresado* que no tenga un interés exactamente coincidente. En este caso es necesario recurrir al concepto de parte principal y parte secundaria y reconocer la inadmisibilidad de la *reformatio in pejus* a la parte principal; solamente cedería este principio frente a una parte exactamente opuesta, pero no frente a lo que en el proceso pudiera ser considerado asistente, litisconsorte secundario, adherente, etc., aun no siendo su interés el mismo de la parte principal.

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

SAINZ MORENO, F., “La eliminación de la *reformatio in pejus* en los recursos administrativos,” *R.E.D.A.*, 6, Madrid.

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

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

<sup>130</sup> Ver nuestros artículos “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; previamente: “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en: *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, 2003, pp. 19-32; “Simplification of Administrative Procedure: The Experience of the Americas,” *European Public Law Review/Revue Européenne de Droit Public*, Londres, Esperia, vol. 21\_2/2009, pp. 699-726. Ver también nuestras notas a los caps. XVII y XXII en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, 1ª ed. argentina con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, Thompson-Civitas – La Ley, 2006

## IV. Deberes del administrador

## 16. Facilitar la defensa del interesado

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

16.1. Un leal conocimiento de las actuaciones. No se debe ni puede restringir u obstaculizar el derecho a tomar vista y copia de las actuaciones, en cualquier estado de éstas, salvo disposición expresa de autoridad competente<sup>131</sup> y siempre *antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo*.<sup>132</sup> A pesar de la expresa exigencia legal, la administración no siempre lo cumple: Sólo a veces lo sanciona la justicia.<sup>133</sup> No es así el derecho europeo.<sup>134</sup>

16.2. La presentación de escritos alegando sobre sus derechos, en cualquier etapa del procedimiento: *Antes* de iniciarse el procedimiento,<sup>135</sup> o durante el mismo, en ocasión de dictámenes, informes, etc., o luego de su decisión.<sup>136</sup> El funcionario no puede bajo ninguna circunstancia dificultar al administrado el ejercicio de derechos que requieran una manifestación de voluntad: Efectuar las reservas que prescribe el art. 899 del nuevo Código Civil y Comercial, en el mismo certificado por que se le paga; o reservas de cualquier otro tipo en los certificados, recibos o “conformes” que se le solicita firmar. Al recibir un vehículo que fuera retirado de la vía pública, no puede limitársele el derecho a efectuar reservas en el texto del recibo, etc.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

o sin cargo, tiene también aplicación en el caso de un testigo: Él tiene derecho, al firmar la declaración que formula, a retirar copia de aquello que suscribe.

### 17. *Impulsar el trámite*

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

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

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

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

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

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

Por aplicación del principio de la verdad material, de la impulsión e instrucción de oficio y de la celeridad en los trámites (art. 1º, incs. a) y b) del decreto-ley),<sup>143</sup> el

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

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

<sup>141</sup> *Idem.*

<sup>142</sup> *Idem.* Tribunal Supremo español, 16-XI-1970;

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

art. 14 de la reglamentación nacional establece una obligación fundamental para todo órgano administrativo: “Si para sustanciar las actuaciones se necesitaren datos o informes de terceros o de otros órganos administrativos, se los deberá<sup>144</sup> solicitar directamente o mediante oficio, de lo que se dejará constancia en el expediente. A tales efectos, las dependencias de la Administración, cualquiera sea su situación jerárquica, quedan obligadas a prestar su colaboración permanente y recíproca.” Los principios que emanan de estas normas son los siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



norma también agregaba “o lo requiera *indispensablemente* el procedimiento,” lo que marcaba el carácter excepcional del envío del expediente. Ahora la frase ha sido suprimida, lo que enfatiza más la solución. Remitir el expediente a quien no corresponda constituirá entonces un irregular cumplimiento de las funciones. Los daños que esto suele producir a los particulares, por las demoras que ocasiona y la posible pérdida del expediente que puede así acaecer, no deben tampoco dejar de apreciarse al respecto,<sup>150</sup> conjuntamente con la lesión al principio de los incisos a) y b), especialmente este último, del art. 1º del decreto-ley 19.549/72.

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

### 19. *Producir la prueba*

Esta obligación es una consecuencia natural del principio de la impulsión de oficio e instrucción y no se desliga la administración de su responsabilidad porque el particular haya sido renuente en aportar la prueba que hace a su derecho. Paralelamente, el administrador debe también atender al gobierno de la prueba, y realizar las medidas probatorias con la pertinente citación previa y control concomitante del recurrente y demás interesados.<sup>151</sup> Expresan en estos aspectos

<sup>150</sup> Ver *infra*, § 32, “Caracteres de la responsabilidad civil. Remisión,” y 33, “Importancia práctica de la responsabilidad civil del funcionario,” y t. 2, caps. XIX y XX; CNFed. CA, Sala III, *Tarnopolsky, LL*, 1996-C, 439, con nota “In memoriam,” reproducida en *Cien notas de Agustín, op. cit.*, § 35, p. 100; “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, ECA, 2001, p. 361 y ss.; cap. IX de *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2006. Ver en cambio el cap. XXXII del t. 7, “La responsabilidad del Estado en la práctica.”

<sup>151</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. II, *op. cit.*, cap. XXII, § IV-1, p. 473 y ss., destacan la necesaria participación activa del interesado en la práctica de las pruebas producidas, como conse-



GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ que “el órgano administrativo está específicamente obligado a desarrollar, incluso de oficio, es decir, sin que medie petición al respecto de los interesados, todos los actos de instrucción (y, por consiguiente, todas las actividades probatorias) que se consideren adecuados.”<sup>152</sup> En efecto, en modo alguno ha de ser el administrador “un simple espectador” de la actividad procesal de las partes,<sup>153</sup> como puede serlo el juez, sino que debe ser parte activa en la dilucidación de la verdad material y su adecuada acreditación en el expediente.<sup>154</sup> A igual conclusión lleva el principio de la instrucción.<sup>155</sup>

## 20. Decidir expresamente todas<sup>156</sup> las peticiones

En el moderno Estado de Derecho es un principio fundamental que se decidan expresamente todas las peticiones (recursos, reclamaciones, denuncias, simples peticiones) de los administrados;<sup>157</sup> no hace falta mayor fundamento para señalar que esto es también parte de la garantía de defensa y así lo reconoce explícitamente el decreto-ley de procedimiento administrativo.<sup>158</sup> La obligación existe aunque la ley haya previsto la denegación tácita,<sup>159</sup> o no haya norma. Su incumplimiento le

cuencia necesaria del carácter contradictorio que es de esencia al procedimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

origina responsabilidad civil<sup>160</sup> respecto al administrado. El particular tiene pues el claro *derecho a la decisión del recurso o pretensión*,<sup>161</sup> cualquiera sea el contenido que dicha decisión deba tener. Lo mismo ocurre con las denuncias, a partir del decreto 229/00.<sup>162</sup> Esta responsabilidad no soluciona el problema. En el mejor de los casos otorgará una cierta reparación pecuniaria por los perjuicios que la omisión le causare y tales perjuicios no serán siempre fácilmente demostrables en juicio. Una alternativa encomiable, que utilizaban tanto magistrados federales<sup>163</sup> como provinciales en materia procesal administrativa, es imponer multas diarias *personales* al funcionario que omite cumplir con esta u otra obligación que la ley le imponga. Esta variante de las *astreintes* es absolutamente la más eficaz, en tanto fije montos que no sean desproporcionados a los ingresos del funcionario renuente.<sup>164</sup> Esto ha bastado para que los funcionarios cumplan de inmediato con su obligación. En todo caso, en el supuesto de incumplimiento del funcionario a su deber de decidir los recursos, el particular puede asimismo interponer judicialmente un amparo por mora de la administración;<sup>165</sup> ello en forma independiente a las *astreintes* que se hubieren fijado o se fijaren en el futuro en su caso. Al darse traslado de la demanda, generalmente la administración contesta el amparo adjuntando copia antedatada de la decisión.<sup>166</sup> También puede el particular, ante el continuado silencio,<sup>167</sup> luego de intimar a resolver, considerar denegado el recurso con la consiguiente facultad de ejercitar los recursos ulteriores.<sup>168</sup> La cuestión se

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

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

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

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

<sup>164</sup> En un momento se aplicaban multas personales, que quedaron firmes, del orden de los 50 pesos diarios, como práctica de algunos juzgados de la provincia de Buenos Aires, p. ej. el Juzgado n° 1 de la plata, Dr. LUIS FEDERICO ARIAS. Sin embargo, el Congreso de la Nación sancionó la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 (B.O. 8-VIII-14), cuyo art. 1º dispone que “la sanción pecuniaria disuasiva es impropcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.” Su más que dudosa constitucional la hemos sostenido en el t. 2, cap. XIX, “La responsabilidad civil de los funcionarios,” § 2.5, “La nueva ley de responsabilidad del Estado.”

<sup>165</sup> Ver *infra*, cap. XIII, “Queja y amparo por mora.”

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

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

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

halla también encarada por el amparo por mora creado en el art. 28 del decreto-ley, a través del cual el tribunal puede ordenar al funcionario que resuelva en el plazo que le fije al efecto, bajo apercibimiento de *astreintes*.

## 21. Caracteres y requisitos que debe reunir la decisión

### 21.1. Requisitos previos de validez

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

#### 21.1.1. Audiencia<sup>170</sup>

Entre tales recaudos son fundamentales los referidos a la audiencia<sup>171</sup> y prueba del interesado, que están detallados en los aps. 1º, 2º y 3º del inc. f) del art. 1º del decreto-ley, en el art. 38 de la reglamentación y demás normas complementarias, 46 y ss. Un ejemplo de esto último es la ley 104 de información pública de la Ciudad de Buenos Aires.

#### 21.1.2. Procedimientos esenciales

Como lo dice el inc. d) del art. 7º del decreto-ley, “Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos.” Entre ellos se encuentran los requisitos de informes y otras averiguaciones que haga el funcionario por sí o por el procedimiento previsto en

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

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

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

el art. 14 de la reglamentación.<sup>172</sup> Cabe recordar que la remisión sólo es necesaria cuando sea a un órgano que deba dictaminar el expediente.

### 21.1.3. *Dictamen letrado*<sup>173</sup>

El ya mencionado inc. *d*) del art. 7 aclara por lo demás que “Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiera afectar derechos subjetivos o intereses legítimos,” o sea, cuando el acto pudiera ser perjudicial o adverso a las pretensiones del recurrente o de otros interesados.<sup>174</sup> No se trata de cualquier dictamen jurídico, por ilustre que sea, para dar por cumplido con este recaudo. La norma se refiere solamente a los servicios jurídicos permanentes del Cuerpo de Abogados del Estado.

Este es el sentido en que correctamente se interpreta y aplica la norma que propusimos en nuestro proyecto de 1964<sup>175</sup> y fue recogido por las normas vigentes desde 1972, lo cual es una demostración más, si cabe, que el derecho administrativo argentino viviente no nació en 1972, como algunos autores han querido dar a entender o incluso lo han dicho expresamente.<sup>176</sup>

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

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

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

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

<sup>176</sup>Especialmente CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 3-4, § 2, “Situación anterior a la LNPA.” El autor citado, en un trabajo posterior, menciona el “reemplazo de un derecho administrativo de raíz esencialmente doctrinaria por normas imperativas que vinculan positivamente a la Administración

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

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

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

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

#### 21.1.4. *Causa*<sup>177</sup>

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

#### 21.2. *Requisitos del acto a emitirse*

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

con los particulares”, aunque con mención a nuestro proyecto con Linares. Ver CASSAGNE, JUAN C., “A cuarenta años de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos,” en POZO GOWLAND, HALPERÍN, AGUILAR VALDÉZ, JUAN LIMA y CANOSA (dirs.), t. I, *op. cit.*, cap. I, pp. 4-10.

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

### 21.2.1. Competencia

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

### 21.2.2. Motivación de hecho y de derecho<sup>179</sup>

El acto debe estar razonablemente fundado, o sea, debe explicar, en sus propios considerandos, los motivos y los razonamientos por los cuales arriba a la decisión que adopta. Esa explicación debe serlo tanto de los hechos y antecedentes del caso, como del derecho en virtud del cual se considera ajustada a derecho la decisión<sup>180</sup> y no pueden desconocerse las pruebas existentes ni los hechos objetivamente ciertos.

### 21.2.3. Decidir todas las cuestiones propuestas

El acto debe resolver todas las “peticiones formuladas” (inc. *c*) del art. 7º del decreto-ley), o sea, todas las cuestiones planteadas. En esto las legislaciones y la doctrina son uniformes.<sup>181</sup> También puede decidir otras cuestiones no propuestas por las partes, pero “previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos.” (Norma citada.) Debe tenerse también en cuenta la inadmisibilidad de la *reformatio in pejus*,<sup>182</sup> salvo que haya terceros recurrentes en base a derechos o intereses contrapuestos.

### 21.2.4. Otros requisitos de validez

Desde luego, existen otros requisitos de validez del acto.<sup>183</sup>

## 22. Continuación: Desistimiento del recurrente y archivo de las actuaciones

### 22.1. Caso de desistimiento

La mencionada obligación existe aunque los recursos sean desistidos por el particular. Por lo tanto, dicho desistimiento no puede excusar la responsabilidad

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

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

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

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

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

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

del funcionario que omite investigar y decidir un reclamo o recurso con visos de veracidad y que ataque una irregularidad administrativa de mediana importancia.<sup>184</sup> Ese principio que enunciamos se encuentra receptado en el art. 70 de la reglamentación de la ley nacional, que expresa que “Si la cuestión planteada pudiere llegar a afectar de algún modo el interés administrativo o general, el desistimiento del procedimiento o del derecho no implicará la clausura de los trámites, lo que así se declarará por resolución fundada, prosiguiendo las actuaciones hasta que recaiga la decisión pertinente. Esta podrá beneficiar incluso a quienes hubiesen desistido.” Como fácilmente se advierte, que la cuestión planteada pudiera llegar “a afectar de algún modo el interés administrativo o general,” es algo tan amplio que no ha de encontrar demasiadas excepciones en la práctica. En toda impugnación por un particular de un acto administrativo está presente el interés público<sup>185</sup> de esclarecer la legitimidad o ilegitimidad del acto impugnado, resolviendo el fondo de la impugnación en uno u otro sentido, por aplicación del principio de la legalidad objetiva.<sup>186</sup>

Hay casos en que podría hacerse excepción a esta disposición y tornar aplicables los arts. 66 a 69 (desistimiento del procedimiento o del derecho), sin que el interés público haga aplicable el art. 70 (obligación de resolver de todos modos a pesar del desistimiento.) Se trata de cuando el desistimiento es producto de una transacción o convenio al cual tanto la administración como el particular arriban.<sup>187</sup> En efecto, es bastante frecuente que ante la impugnación por el particular, la administración y el propio recurrente busquen fórmulas transaccionales en las cuales se confiere algún reconocimiento o algún derecho al particular, pero condicionado a que como parte de dicho convenio él desista del recurso interpuesto. Normalmente no se firman convenios formales de transacción, sino que se entrecruzan cartas o resoluciones: La administración reconociendo algo, que incluso puede ser ajeno a la cuestión debatida en el procedimiento; el particular desistiendo del recurso. Por ello ha de analizarse la cuestión de hecho en el expediente a fin de poder determinar si el desistimiento puede considerarse válido, por ser producto de una transacción, y si por igual motivo la administración no ha debido resolver el fondo de la impugnación no obstante el desistimiento. En caso de ser una transacción con desistimientos parciales del interesado en miras a asegurar su derecho, o la percepción de su crédito, ella es válida y debe cumplirse.

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

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

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

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



## 22.2. Archivo

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

### V. Recusación y excusación

#### 23. Procedencia de la recusación

La recusación es procedente de acuerdo con lo dispuesto por el art. 6° del decreto-ley: “Los funcionarios y empleados pueden ser recusados por las causales y en las oportunidades previstas en los arts. 17 y 18 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.”<sup>191</sup> Conforme a esta remisión legal, sólo es admisible la recusación con expresión de causa, no así la reglada la recusación sin expresión de causa. La recusación es también admitida en el derecho comparado,<sup>192</sup> pues el requisito del

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

<sup>189</sup> VIVANCOS, *op. loc. cit.*

<sup>190</sup> Ver *infra*, t. 7, cap. XVII, “El procedimiento administrativo en la práctica,” § 5, “La precaución de guardar copia de los escritos y documentos.” El aforismo privado “Nada se pierde, todo se traspapela” no es tal vez aplicable a la administración pública, donde regiría el aforismo de que si a un funcionario le ordenan destruir un expediente va a contestar “De acuerdo, pero primero hago una copia.” Pero el problema es siempre igual: Cómo y dónde encontrar la copia. Los particulares hemos aprendido la necesidad de obtener y guardar siempre copia del expediente.

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

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



debido proceso legal es de vigencia universal, e incluye el derecho a una decisión imparcial.<sup>193</sup> No obstante, Jujuy rechaza la recusación.<sup>194</sup>

## 24. Oportunidad de plantear la recusación

### 24.1. Causales preexistentes

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

Entonces, la primera presentación *ante el funcionario* eventualmente recusado, debe ya contener la recusación por causales preexistentes. Las presentaciones hechas ante otros funcionarios, o ante la administración *lato sensu*, mal pueden ya contener recusación a funcionario alguno. Enterado entonces el particular de la intervención concreta y efectiva de determinado agente, recién entonces puede, en su próxima primera presentación, formular su recusación. La regla es así que la recusación debe deducirse en la primera presentación que haga el interesado ante el funcionario a recusar, perdiendo el derecho de efectuarla en el futuro, salvo que la causa fuere sobreviniente.<sup>196</sup> En tal sentido, se ha interpretado que “la interposición del recurso de reconsideración ante el funcionario actuante implica consentir su intervención.”<sup>197</sup>

### 24.2. Causales sobrevinientes

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

<sup>193</sup> *Hauptzollamt München-Mitte*, 1991, en CHITI, *op. cit.*, p. 317.

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

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

<sup>196</sup> PTN, *Dictámenes*, 143: 416; 126: 225.

<sup>197</sup> PTN, *Dictámenes*, 143: 418.

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

### 25. Efectos de la interposición de la recusación

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

Lo que esta norma no aclara expresamente es si el recusado eleva al superior inmediato sólo la recusación y su informe, o todo el expediente en que está interviniendo; a su vez, si debe proseguir actuando en el expediente o en cambio debe dar intervención a otro órgano. En el sistema del CPCCN, el recusado forma un incidente con la recusación y su informe y lo eleva a la Cámara para su resolución y el expediente principal lo remite al juez que sigue en orden del turno para que continúe su sustanciación. Si la recusación es luego rechazada, los autos vuelven al juez recusado para que prosiga su trámite. Si es admitida, el expediente queda radicado y continúa su trámite con el juez subrogante que intervino con motivo de la recusación.

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

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

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

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

siga interviniendo el funcionario recusado —si no hay quien lo pueda suplir— mientras está pendiente el trámite de la recusación.

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

### 26. Causales comunes de recusación y excusación

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

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

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

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

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

26.5. Ser o haber sido denunciante o acusador del recusante o denunciado o acusado con anterioridad a la iniciación del expediente. El inc. 5º del art. 17 del Código Procesal establece que esta causal de recusación se aplica cuando el juez

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

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

<sup>203</sup> Es, salvo el cambio de “juez” por “funcionario,” la transcripción del inc. 3º.

<sup>204</sup> Formulamos esta hipótesis para realizar la necesaria traslación al campo administrativo del criterio de “pleito pendiente” en el ámbito judicial.

<sup>205</sup> La misma aclaración de la nota 201.

haya sido denunciante o denunciado “ante los tribunales” pero entendemos que al aplicarla al procedimiento administrativo debe naturalmente comprender también el caso en que uno u otro haya sido denunciante o denunciado ante la propia administración pública o autoridades independientes (Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, Defensor del Pueblo de la Nación, Oficina Anticorrupción.)<sup>206</sup>

26.6. La causal del inc. 6° del art. 17 del Código Procesal se refiere a la hipótesis de que el recusante haya denunciado anteriormente al juez conforme a la ley de enjuiciamiento de magistrados y siempre que el órgano competente haya dispuesto dar curso a la denuncia. Trasladando este principio al procedimiento administrativo, es entonces causal de recusación que el recusante haya denunciado anteriormente al funcionario de que se trate p. ej. ante la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas o la Oficina Anticorrupción.<sup>207</sup>

26.7. Que el funcionario haya sido defensor de alguna de las partes.<sup>208</sup> Esta vieja causal del CPCCN para los jueces, debe ahora ser extendida a los funcionarios públicos: No ya a la sola profesión de abogado ni a la exclusiva función de defensor penal. Este grupo de causales es aplicable si ha sido asesor —de cualquier naturaleza: Financiero, impositivo, contable, de inversiones, etc.— de alguna de las partes, con o sin relación de dependencia, o *lato sensu* ha realizado anteriormente trabajos profesionales para una de las partes como patrocinante, representante, director, gerente, etc., en los últimos tres años.<sup>209</sup>

Por supuesto, ha de tratarse de funciones de dirección, pues el texto normativo que expresa “de cualquier otra forma [...] prestar servicios” no puede entenderse literalmente, para cualquier tarea y a cualquier nivel. Leerlo de ese modo la privaría de todo sentido.

Esta interpretación, que es así más amplia en cuanto a las *causales* de excusación —y por ende de recusación— surge de las llamadas inhabilidades o incompatibilidades del art. 13 de la ley 25.188 de ética en la función pública,<sup>210</sup>

<sup>206</sup> A pesar de la diversidad de órganos de control, el manejo de la deuda externa ha escapado a todos, como explicamos en “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050, reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64.

<sup>207</sup> U otros órganos con funciones de control de la administración pública, en caso de existir, p. ej. el Defensor del Pueblo de la Nación. Al respecto ampliar *supra*, t. 1, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 14.1, “El Defensor del Pueblo.”

<sup>208</sup> Es la primera causal del inc. 7°, “haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes.”

<sup>209</sup> Esta limitación temporal surge del decreto 862/01, invocando facultades delegadas por la ley 25.414.

<sup>210</sup> Art. 13: “Es incompatible con el ejercicio de la función pública: a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación,

pero en cambio resulta más limitada en su redacción dada por el decreto 862/01,<sup>211</sup> al establecer que el funcionario debe renunciar, antes de asumir el cargo, a las actividades que lo inhabilitan y abstenerse de intervenir, durante su gestión, en trámites relacionados con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos tres años o tenga participación societaria, conforme el art. 15.<sup>212</sup>

Estas inhabilidades o incompatibilidades, que conllevan la nulidad absoluta del acto dictado en contravención a ellas,<sup>213</sup> pueden también fundar la excusación o recusación, en su caso.

26.8. La segunda parte del inc. 7° establece como causal de recusación que el juez haya “emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado.” Al respecto el art. 6° del decreto-ley 19.549/72 agrega que “La intervención anterior del funcionario o empleado en el expediente no se considerará causal de recusación.”<sup>214</sup> O sea que no puede recusarse al funcionario por manifestaciones que hubiere vertido respecto del asunto, salvo cuando ellas se produjeren en el mismo *expediente* en que la cuestión se ventila; las emitidas fuera de él pueden dar lugar a la recusación sólo si anticipan opinión. La intervención anterior del funcionario en el expediente no será causal de recusación a menos que denote parcialidad o prejuzgamiento.<sup>215</sup>

No es causal de recusación la anterior intervención en el expediente *en la misma función*, pero sí lo es si ha intervenido en un carácter incompatible con

obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades; b) ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones.”

<sup>211</sup> B.O., 02-VII-01. Cabe aclarar que se trata de un decreto delegado, dictado con invocación de las facultades conferidas por la ley 25.414.

<sup>212</sup> Art. 15: “En el caso de que al momento de su designación el funcionario se encuentre alcanzado por alguna de la incompatibilidades previstas en el Artículo 13, deberá: a) Renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo. b) Abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos TRES (3) años o tenga participación societaria.”

<sup>213</sup> Según el art. 17 de ley 25.188, en efecto, “Cuando los actos emitidos por los sujetos del art. 1° estén alcanzados por los supuestos de los arts. 13, 14 y 15, serán nulos de nulidad absoluta, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Si se tratare del dictado de un acto administrativo, éste se encontrará viciado de nulidad absoluta en los términos del art. 14 de la ley 19.549. Las firmas contratantes o concesionarias serán solidariamente responsables por la reparación de los daños y perjuicios que por esos actos le ocasionen al Estado.” Ver FRANDSEN, IGNACIO CARLOS, “Las incompatibilidades de la ley de ética de la función pública y la nulidad de los actos administrativos,” EDA 2000-2001, pp. 371-9.

<sup>214</sup> Corrientes, art. 65, inc. b), establece la misma regla, pero hace una salvedad que guarda alguna analogía con la que luego nosotros efectuamos: “Sin embargo no podrán intervenir en un mismo asunto, ejercitando función administrativa, legislativa o judicial, quienes antes hubiesen ejercido otra de ellas en el mismo asunto.”

<sup>215</sup> La imparcialidad es un principio cardinal del procedimiento: ALLEGRETTI, UMBERTO, *L'imparzialità amministrativa*, Padua, 1965; dice también REAL, “Los principios del procedimiento administrativo en el Uruguay,” *op. cit.*, p. 269 y ss., pp. 287-8, que “la parcialidad y el prejuicio demostrado por el funcionario interviniente son causales de recusación. Desde luego, es ilegítima la decisión tomada en condiciones de parcialidad;” CHITI, *op. loc. cit.*

la función que está llamado a desempeñar: Así p. ej. ningún funcionario con facultades instructorias puede luego participar en la decisión;<sup>216</sup> un miembro de la comisión de preadjudicaciones no puede si es designado en el cargo decisorio, tomar luego la resolución de adjudicar en el mismo asunto; un profesor que emita dictamen como miembro de un jurado, si luego es designado Decano o Rector no puede tomar decisiones en el mismo asunto en que dictaminó; un Director de Asuntos Jurídicos que luego asume el cargo ejecutivo no puede resolver los mismos asuntos que dictaminó anteriormente, etc. Sobre ello volveremos más adelante.<sup>217</sup>

26.9 Haber recibido beneficios de importancia de alguna de las partes.<sup>218</sup> Si bien al agente público le está vedado recibir toda clase de dádivas u obsequios con motivo de sus funciones,<sup>219</sup> sólo cuando ellas sean “de importancia” dan lugar a la recusación; a la inversa, si son de importancia, la recusación procede aunque ellos hayan sido legalmente aceptados, por ser anteriores a la función.

26.10. Tener con alguna de las partes amistad que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia de trato.<sup>220</sup>

26.11. Tener contra el recusante enemistad, odio o resentimiento, que se manifieste por hechos conocidos. Obviamente no procede la recusación por ataques u ofensas inferidas al funcionario después que hubiere comenzado a conocer del asunto.<sup>221</sup>

26.12. El CPCC, al tratar de las causales de recusación, no contempla supuestos que son ajenos a la función judicial, como tener relación de dependencia en otra función con una de las partes. En el procedimiento administrativo en cambio, puede ser posible que un funcionario tenga una actividad privada en relación de dependencia con una de las partes, lo cual hace manifiestamente impropio que intervenga en la cuestión. Es éste un ejemplo de que las causales de recusación no pueden interpretarse literalmente ni tampoco restrictivamente: Debe ser el principio de la necesaria imparcialidad el que debe guiar el funcionamiento y

<sup>216</sup> SCHWARTZ y WADE, *Legal Control of Government*, Gran Bretaña, Oxford, 1972, p. 111; WADE y FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., pp. 468-73; CSJN, *Llerena, Fallos*, 328: 1491.

<sup>217</sup> Ver *infra*, § 27, “Otras causales de recusación.”

<sup>218</sup> Salvo el cambio de “el juez” por “el funcionario,” es la transcripción del inc. 8°.

<sup>219</sup> Art. 24, inc. f), de la ley 25.164, y art. 24, inc. f) del decreto 1421/02. Ver también CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, *La ética pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000 y “Ética pública y procedimiento administrativo,” en POZO GOWLAND, HALPERÍN, AGUILAR VALDÉZ, JUAN LIMA y CANOSA (dirs.), t. I, op. cit., cap. XIV.

<sup>220</sup> Hemos omitido “el juez” y cambiado “los litigantes” por “las partes” respecto de la redacción del inc. 9° del art. 17.

<sup>221</sup> Hemos cambiado “juez” por “funcionario,” en lo demás es la misma redacción del inc. 10 del art. 17 del Código Procesal. La parcialidad o prejuicio “debe fundarse sobre hechos anteriores al juicio, no los que ocurren durante el mismo” como recuerda BOSCH, JORGE TRISTÁN, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953, p. 108.

aplicación del instituto de la recusación. Por ello desarrollamos a continuación el principio expresado.

## 27. Otras causales de recusación

### 27.1 Incompatibilidades y conflicto de intereses

Un funcionario puede ser recusado cuando se encuentra comprendido en alguna causal de incompatibilidad y no se ha excusado aún de intervenir. A las causales generales propias de la función pública cabe agregar las previstas por la ley 25.188<sup>222</sup> de ética pública. El art. 13 establece que “Es incompatible con el ejercicio de la función pública: a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma,<sup>223</sup> prestar servicios<sup>224</sup> a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades; b) ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones.”<sup>225</sup> Además “Aquellos funcionarios que hayan tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones o concesiones de empresas o servicios públicos, tendrán vedada su actuación en los entes o comisiones reguladoras de esas empresas o servicios, durante tres años inmediatamente posteriores a la última adjudicación en la que hayan participado.”<sup>226</sup> Estas inhabilidades e incompatibilidades obligan al funcionario a “Renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo,” debiendo “Abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relaciones con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos TRES (3) años o tenga participación

<sup>222</sup> Para su análisis puede verse CAPUTI, *La ética pública, op. cit.* Asimismo recordamos que ya existía el Código de Ética de la Función Pública (decreto 41/99), el cual prevé, en el art. 41, el conflicto de intereses y en el art. 42 los casos de excusación.

<sup>223</sup> En este art. la frase es inobjetable; pero no la remisión del art. 15 en cuanto inhabilidad o incompatibilidad para acceder a la función por tareas previas en el ámbito privado. Lo explicamos *supra*, cap. II, § 26.7.

<sup>224</sup> No incluye funciones independientes como árbitro arbitrador o amigable componedor; funciones públicas de control; perito; consultor independiente; etc.

<sup>225</sup> En este punto es inobjetable la remisión que hace el art. 15 en relación a las actividades privadas *previas* al desempeño del cargo.

<sup>226</sup> Art. 14, texto según decreto 862/01. Este es por cierto otro caso anómalo en que el Congreso permite que una ley suya sea diluida y en definitiva traicionada por un decreto del Poder Ejecutivo. Es uno más de los daños que derivan del presidencialismo, que hacen del Congreso algo *menos* que un sello de goma, como explicamos en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. I, *op. cit.*, nota 16, p 114-C; nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” *RPA* 2006-2: 59-104, reproducido en el t. 7, cap. XII. Ver también PÉREZ HUALDE, “La postergación institucional,” *LL*, 2006-F, 877.



societaria.”<sup>227</sup> Estas incompatibilidades se aplican “sin perjuicio de las que estén determinadas en el régimen específico de cada función.”<sup>228</sup>

La norma es débil, pues permite al funcionario de una empresa privatizada renunciar a su función privada e inmediatamente asumir cualquier cargo en un órgano de control público de la misma empresa privada, con la única condición de no tener injerencia directa en las cuestiones que hacen a la empresa de la que formó parte, lo cual obviamente es una prohibición que no impide los fructíferos contactos informales que su nueva posición le permite. Pensamos que es una permisión inmoral.<sup>229</sup>

### 27.2. *El prejuicio personal*

Conforme lo hemos adelantado, no son las del art. 17, a nuestro modo de ver, las únicas causales de recusación admisibles:<sup>230</sup> Siguiendo aquí el criterio angloamericano, entendemos que el “prejuicio personal” (*personal bias*)<sup>231</sup> debe ser causal de recusación en los casos en que la índole de la cuestión así lo requiera.<sup>232</sup> No compartimos, por lo tanto, la afirmación de que las causales de recusación se interpretan con criterio estricto.<sup>233</sup> En efecto, la “regla contra el prejuicio” (*rule against bias*) no es un mero aspecto de trámite que pueda existir o no según que algún reglamento la reconozca: Constituye un principio esencial de justicia natural<sup>234</sup> aplicable desde luego al procedimiento administrativo y cuya finalidad esencial es asegurar la imparcialidad de éste,<sup>235</sup> pudiéndose por ello subsumirla dentro de la garantía de la defensa.<sup>236</sup>

<sup>227</sup> Art. 15, texto según decreto 862/01. Ampliar *supra*, cap. II, § 26.7.

<sup>228</sup> Art. 16.

<sup>229</sup> CAPUTI refiere a la moral como ingrediente del obrar administrativo, (CAPUTI, “Ética pública y procedimiento administrativo” en POZO GOWLAND, HALPERÍN, AGUILAR VALDÉZ, JUAN LIMA y CANOSA (dirs.), t. I, *op. cit.*, cap. XIV, p. 573.)

<sup>230</sup> PTN, *Dictámenes*, 93: 264, ampliar en GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, comentario al art. 6º del decreto-ley 19.549/72, secc. V, p. 94.

<sup>231</sup> Ver BOSCH, *op. cit.*, p. 105 y ss.; REAL, *op. cit.*, p. 288.

<sup>232</sup> Conf. GÓMEZ SANCHÍS, *op. cit.*, p. 607.

<sup>233</sup> PTN, *Dictámenes*, 143: 416. Respecto al *personal bias* ver BOSCH, *op. cit.*, p. 105 y ss. Conf. COMMITTEE ON MINISTERS’ POWERS, *Report*, Londres, 1936, p. 78. De igual modo, cabe considerar los supuestos previstos por la ley de ética pública en materia de conflictos de intereses, que explicamos *supra*, § 27.1; conf. REJTMAN FARAH, MARIO, “El principio de transparencia en el procedimiento administrativo,” en AA.VV., *Procedimiento y proceso administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2005, pp. 79-104.

<sup>234</sup> WADE, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 130 y ss; WADE y FORSYTH, *op. cit.*, p. 439; REAL, *op. loc. cit.*; BOSCH, *op. cit.*, p. 105.

<sup>235</sup> Ver *supra*, nota 208.

<sup>236</sup> CSJN, *Fallos*, 198: 78, *Prov. de Santiago del Estero v. Enrique Compagno*, 1944, exige que el caso sea considerado, “por funcionarios imparciales,” como requisito integrante de la garantía de la defensa. WADE menciona separadamente la “defensa” y la “regla contra el prejuicio” en WADE y FORSYTH, *op. cit.*, p. 440.



Por lo demás, cabe distinguir dos hipótesis fundamentales de “prejuicio personal:” a) él puede ser impersonal, cuando la tendencia del pensamiento del funcionario está en forma muy marcada orientada en determinada dirección, que pueda perjudicar la objetividad de la decisión; b) la parcialidad personal, “o sea actitud manifiesta en favor o en contra de una de las partes en litigio.”<sup>237</sup> En el primer caso, es fundamental evitar, como se ha dicho con agudeza, a los fundamentalistas,<sup>238</sup> a los fanáticos y los cruzados.<sup>239</sup> Con todo, aquí ocurre lo mismo que con la desviación de poder:<sup>240</sup> Una cosa es establecer el principio y otra muy distinta lograr aportar elementos de prueba suficientes como para generar la fuerza de convicción en quien ha de resolver, en el sentido de que el vicio efectivamente existe. Tratándose de una actitud subjetiva del agente, será necesario encontrar sus manifestaciones objetivas: Antecedentes, actitudes asumidas ante otros hechos o circunstancias, expresiones parciales vertidas respecto de la persona del interesado en las actuaciones, o de categorías de personas en las cuales el interesado encuadra directamente.<sup>241</sup> Todos los medios de prueba son admisibles, incluso la indiciaria,<sup>242</sup> para acreditar la existencia del prejuicio personal del agente a los efectos de su recusación.

### 27.3. *El prejuzgamiento como causal de recusación*

Finalmente, cuando el procedimiento es de tipo fundamentalmente contradictorio, p. ej. cuando hay dos o más particulares en pugna por la obtención de un privilegio (*v. gr.* impositivo) o de una autorización (p. ej. para radicación de industrias extranjeras al amparo de un régimen de promoción); o cuando diversos particulares se disputan una licitación o un concurso, los funcionarios deben guardar total y objetiva imparcialidad. La falta de tal imparcialidad, manifestada en el prejuzgamiento, es una causal ineludible de recusación.<sup>243</sup> Lo mismo es aplicable a los sumarios, en los cuales el sumariante, quien tiene por función averiguar los hechos sobre los cuales puede versar una ulterior sanción, debe también guardar imparcialidad y evitar el prejuzgamiento. Esto había sido así reconocido por la Procuración del Tesoro de la Nación, aun en ausencia de normas legales o

<sup>237</sup> BOSCH, *op. cit.*, p. 106, distingue cuatro formas de parcialidad o prejuicio.

<sup>238</sup> Es lo que, con criterio más general, objeta POPPER, a los seudo poseedores de verdades absolutas en cuestiones terrenales, tal como lo explicamos en el cap. I, “Parte general” del t. 1.

<sup>239</sup> En palabras de DAVIS, KENNETH CULP, “Bias of Administrative Officers,” t. 32, *Minnesota Law Review*, 1948, p. 208, citado por BOSCH, *op. cit.*, p. 107; DAVIS, *Administrative Law Text*, St. Paul, West, 1972, 3ª ed., p. 247.

<sup>240</sup> Ampliar *supra*, t. 3, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 7, “Arbitrariedad.”

<sup>241</sup> Claro ejemplo de esto son las expresiones peyorativas en materia racial, religiosa, etc., cuando asumen grados muy acusados de sectarismo. También, decisiones palmariamente diferentes a las del mundo civilizado occidental.

<sup>242</sup> Igual que en la desviación de poder: T. 3, cap. IX, § 6, “Desviación de poder.”

<sup>243</sup> Como destaca HUTCHINSON, t. 1., *op. cit.*, p. 129, apartar a un funcionario por opiniones vertidas en otros procedimientos, en la cátedra o en el libro es contrario a los fines de la norma.

reglamentarias expresas, y la solución es correcta si se tiene en cuenta que ella deviene naturalmente de la regla constitucional del debido proceso en sentido sustancial, uno de cuyos primeros requisitos es el ser tratado por la autoridad con objetividad e imparcialidad, esto es, entre otras cosas, sin prejuizgamiento. En verdad, el prejuizgamiento es un grado más agudo y objetable de parcialidad que el “prejuicio personal;” es, si se quiere, el grado máximo de parcialidad que puede encontrarse en un funcionario, previo a la decisión misma. Ha dicho así aquel organismo que: “Es exacto que la causal de prejuizgamiento no se encuentra prevista en la reglamentación del art. 41, punto XII del decreto-ley N° 6.666/57<sup>244</sup> y también lo es que esta materia de recusación, por su propia índole, resulta de interpretación restrictiva, como lo tienen decidido en forma reiterada tanto el fuero penal como el civil,<sup>245</sup> pero también lo es, según con acierto se expresa a fs. 42, que, si bien el instructor no juzga y en consecuencia no prejuiza, emite en cambio opinión respecto del caso y reúne los elementos de juicio sobre los cuales ha de basarse en definitiva el veredicto de la Administración. Circunstancias todas ellas que obligan al sumariante a guardar imparcialidad en el ejercicio de tan fundamentales tareas.” “La imparcialidad exigida a las personas oficiales del proceso, cualquiera sea su cometido, se encuentra ínsita en la naturaleza de la investigación, porque hace a la esencia misma de la función jurisdiccional. De modo tal que, si se advirtiera en el sumariante una parcialidad manifiesta o tan sólo una forma en exceso subjetiva o poco ecuánime de recibir las probanzas pertinentes, debería a mi juicio ser separado del proceso administrativo por sospechoso de parcialidad aun cuando la causa de recusación no estuviera taxativamente prevista en la norma reglamentaria.”<sup>246</sup>

### 28. *La recusación sin expresión de causa*

El decreto-ley no admite este modo de recusar; sin embargo, no es tan convincente la exclusión de la recusación sin causa en el procedimiento administrativo, máxime si se tiene en cuenta que ésta sólo puede utilizarse una vez, que al producir la automática separación del funcionario recusado no requiere tramitación alguna y por lo tanto no demora en absoluto el trámite ni requiere prueba, etc.

A ello cabe sumar que por lo general más que una recusación “*sin causa*” se trata en verdad de una recusación sin *expresar* la causa:<sup>247</sup> Siempre es desagradable recusar por parcialidad manifiesta o enemistad personal, p. ej. y el instituto de

<sup>244</sup> En ésta como en otras cuestiones, el criterio utilizado para interpretar una norma puede ser mantenido en el tiempo aun después de haber largamente cesado la vigencia de aquélla. Es lo que ocurre en el presente caso, en que el decreto-ley 6.666/57 fue derogado por el decreto-ley 22.140/80, que a su vez fuera derogado por la ley 25.164. Ver *supra* t. 1 cap. XIII, “Agentes públicos.”

<sup>245</sup> *Fallos*, 4: 746 y 1: 525; *LL*, 110: 936 y 112: 790. ODERIGO, *Derecho Procesal Penal*, t. 1, p. 149, y COLOMBO, *Código de Procedimientos Civiles*, t. 2, p. 669.

<sup>246</sup> PTN, *Dictámenes*, 93: 264.

<sup>247</sup> Como acertadamente expresa el art. 14 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

la recusación sin expresión de causa viene a solucionar esa dificultad en forma aceptable para el particular y la administración.

Por otra parte, de admitirse como aquí postulamos la recusación sin expresar la causa, ella no podría en principio ser utilizada como maniobra dilatoria, precisamente porque no requiere tramitación alguna de prueba o alegación y puede ser decidida de inmediato; todo ello nos lleva a la conclusión que debiera admitírsela.<sup>248</sup>

## 29. *Personas que pueden ser recusadas*

### 29.1. *En general*

Todo funcionario puede ser recusado, no sólo el que debe tomar la decisión final, sino también los que toman las decisiones de trámite tales como apertura a prueba, gobierno, producción y control de la prueba, etc. Por la misma razón, es importante la recusación de los funcionarios que emitan pareceres técnicos o informes sobre cuya base se elaborará luego la decisión final. Un caso típico es el de los jurados, que si bien no deciden formalmente, lo cierto es que emiten opinión fundada sobre la cual luego se tomará la resolución en el concurso. Lo mismo cabe decir de las Juntas de Disciplina y de los organismos técnicos de información o asesoramiento letrado o de otra índole. Este criterio amplio es de antaño el receptado por las normas, p. ej. el art. 6° del decreto-ley, que dice en forma general que “Los *funcionarios y empleados* pueden ser recusados;” incluso la elección terminológica evidencia la intención normativa de dar amplitud al instituto de la recusación. Adviértase que no es ésta sino una más de la totalidad de normas que establecen la sinonimia entre funcionario y empleado.<sup>249</sup> En la ley nacional de empleo público 25.164 y en general en las demás normas provinciales también se emplean las expresiones “empleo público,” “agente público,” “servicio civil” y “personal,” que son omnicomprendivas. Aun más, el decreto-ley de procedimiento administrativo, al referirse a “funcionarios y empleados” no sólo ha querido comprender a los agentes incorporados al entonces llamado Estatuto (hoy ley 25.164, “ley marco de regulación de empleo público nacional”),<sup>250</sup> sino también

<sup>248</sup> Conf. HUTCHINSON, t. 1, *op. cit.*, p. 135, quien recuerda que la recusación sin causa deriva de la recusación por causa que puede reservarse, jurando no proceder con malicia, que contenía la antigua legislación española (Partidas 3ª y 9ª); y que suele entenderse respecto de este instituto que constituye un instituto utilizado por el litigante para elegir al agente que va a resolver el asunto, cuando, en realidad resulta necesario para el particular para obtener la separación del procedimiento del agente subjetivamente incompetente, por impedimento o sospecha; constituye una garantía de buena justicia que debiera aceptarse en el procedimiento administrativo, dado que el agente que ha sido influido realmente por el interés, el odio o la amistad, pudiera no abstenerse de conocer en el asunto “y tendríamos así el mayor de los males, que es la injusticia consciente y maliciosa.”

<sup>249</sup> Explicada ya en el t. 1, cap. XIII, § 1, “La distinción doctrinaria entre funcionario y empleado público,” § 2, “Crítica conceptual” y § 3, “Continuación. Crítica legal.”

<sup>250</sup> Esto lleva a un interrogante que ya hiciera MESSINEO, sobre los alcances de la abrogación de una norma abrogatoria. Ver nuestro art. “La justicia administrativa en la Provincia de Buenos

a los agentes públicos excluidos de él pero que actúan en la administración pública: Asesores de gabinete, secretarios de Estado, ministros, etc.<sup>251</sup> En consecuencia de lo expuesto, ningún agente de la administración pública, cualquiera fuera la denominación de su cargo o función, está excluido de la regla de imparcialidad que obliga a su necesaria separación del asunto cuando se da alguna de las causales de recusación previstas en la ley o en los principios de justicia natural que deben regir el problema.<sup>252</sup>

### 29.2. Individualización del o los recusados

La recusación es a personas concretas, no admitiéndose “las recusaciones indiscriminadas contra todos los integrantes de un determinado organismo.”<sup>253</sup> Si se recusan varias personas, las causales deben ser alegadas probadas “con relación a cada una de las personas a que —concretamente— vaya dirigida la recusación.”<sup>254</sup>

### 29.3. El caso del Presidente, el Jefe de Gabinete y los ministros

En lo referente al Presidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros y los demás ministros y secretarios de Estado, no parece “absurda”<sup>255</sup> la posibilidad de que ellos se excusen o sean recusados cuando tienen que decidir cuestiones en las cuales están personalmente interesados. Esta cuestión ha sido resuelta por el decreto-ley en forma favorable a la recusación. En efecto, si un candidato a Presidente tiene un juicio contra la Nación, parecería que hay incompatibilidad moral en que, electo Presidente, dictara un decreto desistiendo del juicio por parte de la Nación. Del mismo modo, si un empresario está interesado en una controversia administrativa y luego resulta nombrado ministro del ramo, parecería también que existe clara incompatibilidad en que resuelva como ministro su propia controversia particular. Por ello es que cuando hay causal de incompatibilidad en que el Presidente o un ministro decidan una cuestión, es tan obligatoria la excusación como procede a su vez la recusación de estos. Y en

Aires (Una contrarreforma inconstitucional),” *EDA* 2001-2002, pp. 571-88.

<sup>251</sup> Ley 25.164, arts. 1° a 3°. Comp. SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECARRE, *op. cit.*, p. 170.

<sup>252</sup> PTN, *Dictámenes*, 214: 166, “el asesor jurídico a cuyo cargo se encuentra la emisión de un dictamen previo a un acto administrativo es un funcionario susceptible de recusación.”

<sup>253</sup> PTN, *Dictámenes*, 130: 103, que agrega a renglón seguido, “máxime si con ello se pretendiera un efecto *sine die* y con relación a cualquier tipo de planteamiento que formulare el recusante.” Por otra parte, dicho organismo asesor ha declarado que “el instituto de la excusación es personal, no orgánico, y sin descontar que, en una misma causa, pueden estar involucrados en concreto más de un agente, no resultan viables las recusaciones o excusaciones indiscriminadas respecto de todos los integrantes de un área o sector de un organismo o respecto de la dependencia toda” (PTN, *Dictámenes*, 195: 191; 198: 34.) No es procedente la “recusación genérica” (PTN, *Dictámenes*, 193: 192; 200: 68; 210: 156; 214: 166.)

<sup>254</sup> PTN, *Dictámenes*, 130: 103; 121: 43; 126: 225; 210: 156; 214: 166.

<sup>255</sup> BIELSA, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 20; 1964, 6ª ed., p. 23. En los casos ocurrentes se han excusado expresamente de intervenir o han omitido intervenir.

tales casos el procedimiento a seguir es que se resuelva por Decreto del P.E. cuál es el ministro que debe intervenir interina o sustitutivamente en la cuestión,<sup>256</sup> o que el Presidente delegue el mando a ese sólo efecto en el Vicepresidente de la Nación; en otra variante, si el acto impugnado no es del propio Jefe de Gabinete de Ministros, sería también concebible que la potestad de decisión del recurso del que se trate sea delegada,<sup>257</sup> igualmente, por decreto del P.E., en el Jefe de Gabinete de Ministros.

Siempre serán mejores estos procedimientos excepcionales, que permitir que un funcionario decida desde la función pública una controversia o cuestión en la que está personal y privadamente interesado. Es más correcto y moral lo primero que lo segundo y dado que, en definitiva, nuestro régimen de gobierno es el republicano (art. 1° de la Constitución), creemos que la solución jurídica debe inclinarse hacia esa corrección y moralidad y no hacia lo contrario.<sup>258</sup>

### 30. *Excusación. Causales que la hacen obligatoria o facultativa*

El art. 6° del decreto-ley remite al art. 30 del Código Procesal: Todo funcionario “que se hallare comprendido en alguna de las causas de recusación mencionadas en el artículo 17 *deberá* excusarse. Asimismo *podrá* hacerlo cuando existan otras causas que le impongan abstenerse de conocer [...], fundadas en motivos graves de decoro o delicadeza.” En consecuencia de ello, el funcionario tiene la *obligación* legal de excusarse en los supuestos del art. 17, que ya hemos analizado;<sup>259</sup> fuera de tales supuestos, en particular en las hipótesis de motivos graves de decoro o delicadeza, el funcionario tendría según el art. 30 del Código Procesal la facultad pero no la obligación de excusarse.

Ahora bien, estas disposiciones respecto al procedimiento administrativo no pueden considerarse derogatorias de las demás normas que rigen el comportamiento de los agentes públicos, sino que deben integrarse a ellas. Por lo tanto y conforme al inciso *k*) del art. 23 del régimen de la función pública, ley 25.164, el agente tiene también el *deber* de “excusarse de intervenir en toda actuación que pueda originar interpretaciones de parcialidad.” La causal de imparcialidad ya

<sup>256</sup> El decr. del 11-I-63, *B.O.* del 16-I-63, admitió la excusación, en un recurso jerárquico, del ministro de Economía “Art. 2°: El recurso de referencia será tramitado por intermedio del Ministerio de Educación y Justicia;” en lugar de cambiar el funcionario, cambia el ministerio de tramitación: ello, desde el punto de vista práctico, resuelve la cuestión. En los casos de excusación o recusación de un ministro el recurso se tramitará —actualmente— en la Jefatura de Gobierno. Si la excusación o recusación lo fuera de éste, correspondería que se tramitara en presidencia.

<sup>257</sup> Como dice el inc. 4° *in fine* del art. 100 de la Constitución nacional: “Ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el presidente de la nación.” Ver también *supra*, t. 1, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 9, “Delegación” y 10, “Admisibilidad y caracteres de la delegación.”

<sup>258</sup> Conf. respecto a la admisibilidad de recusar los miembros del gabinete ministerial, WADE, *Administrative Law, op. cit.*, pp. 140-1; WADE y FORSYTH, *op. cit.*, pp. 472-3. En Costa Rica se admite la recusación de los ministros pero no del Presidente de la República: Art. 236, inc. 5°.

<sup>259</sup> Ver *supra*, § 26, “Causales comunes de recusación y excusación.”

la hemos comentado,<sup>260</sup> allí nos remitimos: Es válido entonces a nuestro criterio tanto para la recusación como para la excusación.

En consecuencia de tales normas, el agente tiene la obligación de excusarse en los supuestos en que la recusación es procedente; también en los supuestos en que su actuación “pueda originar interpretaciones de parcialidad.”

Y puede asimismo excusarse alegando “motivos graves de decoro o delicadeza.” En cambio y a estar a la parte final del art. 30 del Código Procesal, “No será nunca motivo de excusación el parentesco con otros funcionarios que intervengan en cumplimiento de sus deberes.”

Si el funcionario no cumple con su deber de excusarse incurre en una falta administrativa que origina su responsabilidad disciplinaria y civil;<sup>261</sup> sin perjuicio de que su actuación puede también invalidar el acto.<sup>262</sup>

En cuanto a quiénes están obligados a excusarse, la norma del art. 6° no hace exclusión alguna. Otras legislaciones han limitado la obligación de excusarse a quienes tengan “facultad de decisión o que sea su misión dictaminar o asesorar,”<sup>263</sup> lo que no parece plenamente justificable, a menos que se entienda facultades de decisión en sentido omnicompreensivo de decisiones de mero trámite. De todos modos, pareciera que quien debe producir un informe, diligenciar una prueba, etc., también tiene que estar racionalmente comprendido en la obligación.<sup>264</sup>

El régimen del personal, por lo demás, establece la obligación de excusarse para todos los agentes sin excepción alguna.

### 31. Trámite

Una vez que el agente formula su excusación, debe elevarla de inmediato a conocimiento del superior jerárquico, “quien resolverá sin sustanciación dentro de los cinco días:” No parece necesario formar incidente por separado. Por lo demás la norma habla de que si el superior desestimare la excusación “devolverá *las actuaciones* al inferior para que prosiga interviniendo en el trámite,” lo cual sugiere que ha sido el expediente principal el que se elevó a su conocimiento.

Si bien esto puede provocar una breve interrupción del trámite normal del expediente, pensamos que es una demora intrascendente, y que no justifica formar

<sup>260</sup> Ver *supra*, § 27, “Otras causales de recusación.”

<sup>261</sup> En este sentido la ley española en su art. 20, inc. 2°, ap. 5), aclara expresamente que “La no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad.” En cambio, la ley 25.188 de ética pública contempla en su art. 17 la nulidad del acto en los supuestos que derivan de los arts. 13 a 15. Ver FRANSEN, *op. loc. cit.*

<sup>262</sup> Claro está que, como dice GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, *op. cit.*, p. 168, “la invalidez no se produce *necesariamente*, pero puede producirse en los casos en que el motivo de abstención tenga influencia decisiva en la formación de la voluntad del órgano.”

<sup>263</sup> Así Prov. de Buenos Aires, 6°; Córdoba, 60; Mendoza, art. 116.

<sup>264</sup> Comp. SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECABARREN, *op. cit.*, p. 170.

incidente por separado.<sup>265</sup> En cambio, provoca alguna preocupación que las partes y los terceros participantes en el procedimiento, que están involucrados en gran número de las posibles causales de excusación y recusación, sean mantenidos al margen de esta discusión.

Así como cuando el particular recusa al funcionario éste tiene oportunidad de incorporar su informe al expediente, pronunciándose sobre las causales alegadas, así también cuando es el funcionario el que se excusa debería darse traslado al particular afectado por la excusación para que tome parte en el debate. La omisión puede configurar una lesión al principio de la garantía de defensa del particular y a una razonable igualdad de las partes en el procedimiento, máxime cuando la parte final del art. 6° establece que “Las resoluciones que se dicten con motivo de los incidentes de recusación o excusación y las que los resuelvan serán irrecurribles.”

Dada la transgresión constitucional que así se produciría y el vicio adicional de desviación de poder que en su consecuencia puede acarrear al acto, estimamos que es más acorde a derecho dar traslado a las partes, antes de dictar resolución, sobre todo si ésta ha de ser desestimatoria de la excusación.

## *VI. Responsabilidad del administrador*

### *32. Caracteres de la responsabilidad civil. Remisión*

La violación o el irregular cumplimiento de los deberes y facultades del administrador, hace al mismo responsable no sólo administrativa y penalmente, sino también civilmente. Es de recordar en este último aspecto que el art. 1112 del Código Civil establecía: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este Título.”<sup>266</sup> Como mencionamos, el Congreso de la Nación recientemente (2/7/2014) sancionó la ley de responsabilidad del Estado que fue promulgada de hecho por el Poder Ejecutivo el 7-VIII-14 y publicada en el B.O. el [día siguiente]

<sup>265</sup> Ello, no obstante lo dispuesto en la última parte del art. 6°, que habla de “los incidentes” de recusación y excusación.

<sup>266</sup> La Ley 26.994, mediante la cual se sanciona el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dispuso como norma transitoria Cuarta que “La responsabilidad del Estado nacional y de sus funcionarios por los hechos y omisiones cometidos en el ejercicio de sus funciones será objeto de una ley especial.” (Corresponde a los artículos 1764, 1765 y 1766 del Código Civil y Comercial de la Nación.) Estos artículos disponen que las disposiciones del mentado código no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria (art. 1764); que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda (art. 1765) y que los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda. (Art. 1766.)



8-VIII-14 bajo el número 26.944, de más que dudosa constitucionalidad y sobre todo con graves fallas de justicia, equidad, razonabilidad, etc., al prohibir —inconstitucionalmente— la aplicación de multas a los funcionarios que incumplen las sentencias judiciales. A su vez, limitar la responsabilidad del Estado sin hacerla efectiva en su nuevo pretendido ámbito, es doblemente disvalioso. Para superar un *test* de constitucionalidad debiera al menos permitir la ejecución judicial forzosa de la sentencia contra el Estado.<sup>267</sup>

El art. 1º *in fine*, dispone que “la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.” Obviamente ello es contrario a la garantía de acceso a una justicia efectiva. Es incitar a los funcionarios a incumplir impunemente, en la práctica, las sentencias judiciales. Ello liquida hasta el último vestigio del Estado de Derecho.

El art. 9º, por su parte, establece: “La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen.”

“La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años.” La prescripción era de diez años por la ley 12.961 y a su vez la vigente ley 24.156 en su art. 131 se remite a los plazos del Código Civil.<sup>268</sup> Es claro que no pueden ser modificados por una ley local. “La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los

<sup>267</sup> Ver *supra*, t. 2, cap. XIX, § 2.5, “La nueva ley de responsabilidad del Estado.” Ver, entre otros: CASSAGNE, JUAN C., “El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas,” *LL*, 2014-C, 885-892; BIGLIERI, ALBERTO, “Tensión entre la reforma del Código y la ley de responsabilidad del Estado proyectada,” *LL*, 2014-C, 728; FIDELIBUS, JOSÉ M., “Responsabilidad del Estado según proyecto de ley especial del PEN. Consideraciones críticas,” *RCyS*, 2014-IV, 17; PUNTE, ROBERTO A., “Objeciones constitucionales a la nueva Ley sobre Responsabilidad del Estado,” *elDial.com*, DC1D20, 15-VII-14, BARRA, RODOLFO C., “La responsabilidad del Estado en el Proyecto de nuevo Código Civil,” *elDial.com*, DC1946, 19-IX-12; PERRINO, PABLO E., “Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos,” *LL*, 2014-C, 1078; SALGAN RUIZ, LEANDRO G., “Perspectivas jurisprudenciales de la responsabilidad del Estado en el Proyecto del Código Civil y Comercial unificado,” *RAP*, 423: 88; MAIRAL, HÉCTOR A., “Ponencia 5: Responsabilidad del Estado, Funcionarios y empleados públicos,” disponible en <http://www.cpacf.org.ar/expedientes/Ponencia%205.pdf>.; SARMIENTO GARCÍA, JORGE H., “Los fundamentos de la responsabilidad del Estado y el Proyecto de Ley con media sanción de diputados,” *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, IJ-LXXI-61; ESPINOZA MOLLA, MARTÍN R., “Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del estado y de los agentes públicos,” *LL*, 2014-E, 607; PERRINO, PABLO E., “Lineamientos principales de la ley de responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos,” *Revista Digital DPI*, año 2, n° 25, 8-VII-2014; SAUX, EDGARDO I., La Ley de Responsabilidad del Estado. Un tema controversial,” *JA*, 2014-III, 3; GELLI, MARÍA A., “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado,” *LL*, 2014-E, 659; BARRAZA, JAVIER I., “La nueva Ley de responsabilidad del Estado: perspectivas e interrogantes,” *ED*, 260: 3; CICERO, NIDIA K., “Primeras reflexiones acerca de los presupuestos del deber de resarcir en la ley de responsabilidad del Estado,” *Revista de Derecho Administrativo*, AbeledoPerrot, n° 97, pp. 35-47.

<sup>268</sup> Ampliar en ATCHABAHIAN, Adolfo, *Régimen jurídico de la gestión y del control de la hacienda pública*, Buenos Aires, La Ley, 2014, pp. 1018-1019.



tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización.” Nada hace la ley para obligar al Estado a buscar ese resarcimiento tardío. Por último, el art. 11 invita “a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos.”

El primer y fundamental error es jurisdiccional. Se *piensa* modificar el Código Civil por ley nacional, pero no se lo ha hecho. Esta ley *local* es contraria al Código Civil vigente, lo cual la torna insanablemente inconstitucional sin perjuicio de múltiples otros reparos constitucionales.<sup>269</sup>

Según explicábamos ya en otra parte, el funcionario es responsable por los hechos y omisiones que impliquen un irregular cumplimiento de la función, sin que sea necesario que ese acto o hecho realizado u omitido estuviera expresamente contemplado en alguna norma legal o reglamentaria.<sup>270</sup> Además las disposiciones constitucionales en particular obligan al funcionario, como así también lo hacen las supranacionales<sup>271</sup> y su omisión de respetar los derechos individuales de los habitantes lo hace responsable ante el damnificado. La responsabilidad es en primer lugar por el daño pecuniariamente apreciable causado; así p. ej. si el obstaculizar a un particular hacer una reserva de cobrar intereses (o formular reserva de reclamar indemnizaciones por el daño ocasionado a un vehículo, etc.) implica el decaimiento del derecho del particular, entonces el funcionario será personalmente responsable frente a él por esa pérdida de su derecho, y deberá en tal caso indemnizarle el monto del daño que el mismo perdió de reclamar por su hecho irregular. Es de recordar que el funcionario es igualmente responsable por el daño moral que ocasione al tercero.<sup>272</sup>

### 33. *Importancia práctica de la responsabilidad civil del funcionario*

Esa responsabilidad del funcionario va en ciertos casos ligada a la responsabilidad del Estado y en tales hipótesis, en virtud de la conjunción de ambas responsabilidades, será necesario que el damnificado demande conjuntamente al funcionario y al Estado.<sup>273</sup> La demanda contra el funcionario por daños y perjuicios, además

<sup>269</sup> Ver, entre otros, IBARLUCÍA, EMILIO A., “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial?,” *LL*, 2014-D, 739 y los demás autores citados en la nota anterior.

<sup>270</sup> Ampliar *supra*, t. 2, cap. XIX, “La responsabilidad civil de los funcionarios;” BALBÍN, *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1, cap. VIII, § VII, pp. 730-732; VIRGA, *op. cit.*, pp. 59-61.

<sup>271</sup> Esto es derivación razonada del fallo *Arce*, CSJN, *LL*, 1997-F, 697, con nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” *LL*, 1997-F, 696, reproducida en nuestra obra *Cien notas...*, *op. cit.*, § 76, p. 165.

<sup>272</sup> Admitiendo tal rubro, CNFed. CA, Sala III, *Carusi*, 15-II-05.

<sup>273</sup> Como lo hizo con heroísmo y espíritu ejemplificador *Tarnopolsky* en el patético caso que le tocó vivir: *LL*, 1996-C, 439. Perdida la vida de padres y hermanos, ya lo menos que se puede hacer es arriesgar la propia en, al menos, el castigo civil de sus responsables. La CSJN rechazó los recursos extraordinarios, imponiendo a los demandados el 90% de las costas, *LL*, 1999-E, 778. Más sobre responsabilidad del Estado puede consultarse en PALACIO DE CAEIRO, SILVIA B., *Constitución*

de su significado concreto como acción de resarcimiento, tiene también una transcendencia más universal y permanente por su contenido punitivo sobre el funcionario negligente; no debe por ello ser dejada de lado en el total de los medios de defensa de que dispone el particular contra el Estado.<sup>274</sup> De lo contrario ocurre que la responsabilidad del funcionario es asumida y pagada por la ciudadanía, como es en el caso del interventor federal.<sup>275</sup>

Por ello cabe otra vez aquí recordar a HAURIUO: “No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que las costumbres de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque *la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor remedio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios.*”<sup>276</sup>

La ley 25.188 de ética pública<sup>277</sup> permite obtener reparaciones civiles en sede penal, sea del propio Estado (art. 26) o de las víctimas o terceros (art. 27 inc. 2°),

*Nacional en la Doctrina de la CSJN, Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 1185-1190 y en los artículos bajo el Título XIII en CASSAGNE, JUAN C. (dir.), Máximos Precedentes, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 505-755: CASSAGNE, JUAN C., “Los casos «Devoto», «Ferrocarriil Oeste» y «Vadell»;” PLAZA, MARTÍN, “Tejedurías Magallanes S.A. c. Administración Nacional de Aduanas;” CAPUTI, MARÍA C., “Un fallo ejemplificativo de la etapa fundacional de la responsabilidad estatal por actividad lícita;” GAMBIER, BELTRÁN, “La responsabilidad del Estado por omisión y la seguridad en las rutas;” CAPUTI, MARÍA C., “Un interesante escalón en el debate sobre el alcance de la reparación en casos de obrar lícito;” CANDA, FABIÁN O., “La responsabilidad del Estado se rige por el derecho administrativo. El derecho administrativo es esencialmente local. La responsabilidad del Estado es asunto de derecho público local;” CONDE, ANALÍA, “Cuestiones concernientes a la responsabilidad del Estado por omisión, Fallo «Cohen», su relevancia y aspectos involucrados;” GAUNA, JUAN O., “Responsabilidad del Estado por el ejercicio de poder de policía en materia sanitaria: La causa «Friar S.A.»;” MARTINI, JUAN P., “Responsabilidad del Estado por robo de identidad;” CASSAGNE, JUAN C., “La responsabilidad del Estado por omisión derivada del incumplimiento de los deberes de información y de seguridad.”*

<sup>274</sup> *Supra*, t. 2, cap. XIX y XX.

<sup>275</sup> ST Corrientes, 24-XI-05, Pérez Chávez, con nota de POLI, JUAN D., “El interventor federal y el convidado de piedra,” *LL*, 2006-E, 306.

<sup>276</sup> HAURIUO, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. I, París, 1928, p. 649. La bastardilla es nuestra. Hemos transcripto nuevamente aquí la cita de HAURIUO ya incluida en el t. 2, cap. XIX, “La responsabilidad civil de los funcionarios” y XX, “La responsabilidad del estado y de sus concesionarios y licenciatarios,” para destacar la importancia del tema; con todo, es obvio que el problema de fondo no se soluciona sólo con la responsabilidad civil del funcionario. Para otras medidas que podrían encararse ver *supra*, cap. I, “Las partes.”

<sup>277</sup> El tema, que introdujimos en la 4ª ed. del t. 1 (cap. XVI; reimpresión de la 5ª ed., 2000), se ha ido abriendo camino en el derecho administrativo argentino. Ver en especial MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces legales de la corrupción. (O de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de*

agregando el decomiso y multas (arts. 26, 30, 38) más las costas (arts. 27 y 28.) Es un gran paso en la buena dirección, al menos normativamente.

Dicha normativa no se ha plasmado aún en una efectiva responsabilidad del funcionario: La realidad demuestra que —al menos en los juicios por corrupción— el Estado no recupera el dinero y a veces ni siquiera existe condena penal.

El juicio en el que se condenó a la ex secretaria de Medio Ambiente, María Julia Alsogaray a devolver al Estado \$3.179.207 por enriquecimiento ilícito, y el decomiso y subasta de un inmueble de su pertenencia para cubrir ese monto, se convirtió en el primer caso de recuperación de activos de corrupción en la Argentina.<sup>278</sup>

El acuerdo alcanzado en el marco del juicio seguido contra ex funcionarios del Banco Nación y directivos de IBM por las irregularidades de un contrato de informatización —por el cual los siete procesados, antes del juicio oral, aceptaron su culpabilidad y el reintegro de 18 millones de pesos, a cambio de penas más leves— se convirtió en el segundo.<sup>279</sup>

Quizá estos casos permitan alentar la esperanza de un cambio en el tratamiento judicial de estos delitos.

Se encuentra pendiente en la Argentina el debate sobre la posibilidad de aplicar el recuperado una vez probado el origen ilegítimo de los fondos, aunque no exista aún condena penal. En posición histórica, los abogados del Estado no buscan recuperar activos antes de las condenas en ningún proceso de este tipo, en la inteligencia de que no se puede decomisar hasta no tener la confirmación de que el imputado cometió el delito.<sup>280</sup>

*combatirla*), Buenos Aires, Rap, 2007; PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, *Constitución y economía*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 79-82, quien recuerda que es una forma de desviación de poder; CAPUTI, *La ética...*, *op. cit.*, p. 41 y nota 119, quien señala la conexión entre responsabilidad y corrupción.

<sup>278</sup> El relevamiento ordenado por el procurador general de la Nación sobre las causas penales donde se están investigando delitos económicos que afecten al Estado por montos superiores a los cien mil dólares —primera aproximación que se hace en el país desde un organismo público— permitió determinar que se investigan al menos 416 causas graves que representarían para el Estado una pérdida de, como mínimo, un monto equivale a los presupuestos anuales de Educación, Salud y Bienestar Social y Justicia juntos. De acuerdo a la información contenida en la base de datos del sitio web del Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE), el Estado perdió unos 13.000 millones de dólares entre 1980 y 2007 por la corrupción de sus funcionarios; de las 750 causas que llegaron a la Justicia, sólo un 3% terminó en condena. A diferencia del relevamiento oficial, el del CIPCE incluye el análisis de expedientes ya concluidos.

<sup>279</sup> En este caso, el juez interviniente reclamó a Suiza, en su momento, parte de los sobornos: 4,5 millones de dólares que habían sido depositados en un banco de ese país. Esos fondos fueron girados al Banco Ciudad, donde esperan la ejecución de la sentencia desde hace más de cinco años. Sobre este y otros casos de persecución a estos delitos ver CARRARA, AGUSTÍN, “Reforma procesal penal y criminalidad económica,” en *Revista en Letra*, año II, n° 3, 2013, pp. 195-225.

<sup>280</sup> Ha habido un avance en este sentido. A través de las Resoluciones PGN 129/09 y 134/2009 se instruye a los fiscales a que, a fin de asegurar el recuperado de activos de origen ilícito —especialmente en casos de corrupción, narcotráfico, lavado de dinero y trata de personas— una vez acreditados mínimamente los requisitos de procedibilidad de la medida cautelar, requieran al juez interviniente

Un dato a destacar es la incipiente participación de la sociedad en las causas de corrupción y criminalidad económica.<sup>281</sup>

el embargo preventivo de los bienes que correspondan, con el objeto de asegurar tanto la indemnización civil como el decomiso. La decisión se funda en la aplicación del art. 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el art. 23 del Código Penal, este último además modificado para incluir el denominado decomiso sin condena en determinadas circunstancias, entre otras opciones que surgen mediante la utilización de las herramientas del sistema de prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo en la lucha contra la corrupción y el recupero de los activos. Ver FERNANDEZ, TADEO LEANDRO, “Confiscación sobre el producto indirecto del delito en el sistema de prevención del lavado de activos”, *Revista Pensar en Derecho*, n° 1, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 240 y ss.

<sup>281</sup>Dos organizaciones no gubernamentales, el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (Cipce) y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) se presentaron en cuarenta investigaciones, donde encontraron reacciones divididas: Jueces que permitieron el acceso a las causas y otros que les negaron legitimación. En estos últimos casos, la Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal les reconoció la facultad de acceder a los expedientes, invocando los lineamientos fijados por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, conforme los cuales el Estado debe fomentar la participación activa de las personas y grupos que no pertenezcan al sector público en la prevención y lucha contra la corrupción, con medidas que tiendan a garantizar el acceso eficaz del público a la información. Para los camaristas, las dos ONG tienen un “interés legítimo en la medida que propician un mejor funcionamiento y transparencia en las funciones públicas, el seguimiento de causas judiciales y el diseño de políticas y acciones tendientes a la reparación del daño colectivo.”