

CAPÍTULO VI

EL ADMINISTRADOR

SUMARIO

I. <i>Facultades del administrador</i>	PRA-VI-1
A. Respecto al procedimiento	PRA-VI-1
1. 1º) Resoluciones de trámite	PRA-VI-1
2. 2º) Decisión acerca de la procedencia formal de los recursos ..	PRA-VI-1
3. La admisión formal del recurso se hace al decidir sobre el fondo	PRA-VI-2
4. 3º) Elevación al superior de los recursos y denuncias.....	PRA-VI-2
5. 4º) La impulsión e instrucción de oficio	PRA-VI-3
6. 5º) Perención de instancia	PRA-VI-3
B. Respecto al fondo de los recursos	PRA-VI-3
7. 1º) Revocación de su propio acto, impugnado jerárquica- mente.....	PRA-VI-3
8. Continuación: Límites a la facultad de revocar.....	PRA-VI-4
9. 2º) Revocación de los actos de los inferiores, impugnados jerárquicamente.....	PRA-VI-4
10. 3º) Revocación del acto propio, confirmado o modificado por el superior.....	PRA-VI-5
11. 4º) Reiteración del propio acto, revocado por el superior.....	PRA-VI-6
12. 5º) Decisión del recurso	PRA-VI-6
II. <i>Deberes del administrador</i>	PRA-VI-6
13. 1º) Facilitar la defensa del recurrente	PRA-VI-6
14. 2º) Impulsar el trámite de los recursos	PRA-VI-7
15. 3º) Decidir expresamente las peticiones	PRA-VI-7
16. Continuación: Desistimiento del recurrente y archivo de las actuaciones.....	PRA-VI-8

17. 4º) Caracteres que debe reunir la decisión	PRA-VI-8
III. <i>Excusación y recusación</i>	PRA-VI-8
A. Excusación.....	PRA-VI-8
18. Admisibilidad	PRA-VI-8
19. Caracteres y alcances de la excusación.....	PRA-VI-9
B. Recusación	PRA-VI-9
20. Improcedencia	PRA-VI-9
21. Crítica	PRA-VI-10
22. Conclusión respecto a la procedencia de la recusación	PRA-VI-10
23. Causales de recusación. El prejuicio personal.....	PRA-VI-11
24. El caso del Presidente y los Ministros	PRA-VI-11
25. Oportunidad de plantear la recusación	PRA-VI-12
C. Excusación y recusación de los sumarintes.....	PRA-VI-12
26. Causales.....	PRA-VI-12
27. Caracteres y alcances.....	PRA-VI-13
IV. <i>Responsabilidad del administrador</i>	PRA-VI-13
28. Caracteres de responsabilidad civil	PRA-VI-13
29. Coordinación de la responsabilidad del funcionario con la del Estado	PRA-VI-14

Capítulo VI

EL ADMINISTRADOR*

I. Facultades del administrador

A) Respecto al procedimiento

1. 1º) Resoluciones de trámite

Las facultades de los funcionarios públicos y por ende de los distintos órganos administrativos, en cuanto al procedimiento, no están 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) pueden ser dispuestas por funcionarios de menor jerarquía que aquellos a los que corresponda 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.

2. 2º) Decisión acerca de la procedencia formal de los recursos

Si bien los funcionarios inferiores pueden tomar el tipo de decisiones de trámite indicado precedentemente, no están facultados, en cambio, para decidir la procedencia formal de los recursos ante sus superiores.

Hay así una notable diferencia entre las facultades del administrador cuyo acto es impugnado por un particular, y del juez cuya sentencia es apelada por las partes. En efecto, 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 jerár-

* El presente capítulo fue publicado en la *Revista de Administración Pública* (Buenos Aires), nº 9/10, p. 114 y ss, bajo el título: "El administrador en el procedimiento administrativo. Derechos. Deberes. Excusación. Recusación."

quico se interpone directamente ante 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.”¹ Estas consideraciones, hechas con respecto al recurso jerárquico propio e impropio, son sin embargo 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.

La fijeza de la solución es terminante si se considera que el decreto 7520/44 prevé expresamente varias facultades del Ministro durante el procedimiento,² y no obstante esas facultades procedimentales, la decisión acerca de la procedencia formal del recurso debe ser hecha por Decreto del Poder Ejecutivo;³ y si el Ministro o un inferior decidiera por sí mismo conceder o rechazar la procedencia del recurso, tal decisión sería irrita.⁴ Con mayor razón entonces, en los demás recursos reglados o no, el inferior carece de facultades para decidir la procedencia del recurso.

3. *La admisión formal del recurso se hace al decidir sobre el fondo*

Por lo demás, es de señalar que no hace falta que el superior dicte primero un acto declarando procedente formalmente 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.⁵

4. 3º) *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 caso que así corresponda.

Así entonces, si un Secretario de Estado dicta un acto que es impugnado por recurso jerárquico por el interesado, y el recurso jerárquico es presentado ante la misma Secretaría de Estado autora del acto, la obligación del Secretario de Estado es dar su debido trámite al recurso, aunque él carezca de algunos requisitos formales. Y en sentido general, si “la autoridad superior de un órgano

¹ *Dictámenes*, 37: 140; 64: 208. Doctrina administrativa uniforme.

² Por ejemplo, decide el envío de las actuaciones en que se tramitó la resolución recurrida (art.7º); resuelve sobre la apertura a prueba. (Art. 8º.)

³ Salvo, parcialmente, en lo que se refiere al caso del menor adulto, en que el ministro puede decidir acerca de la admisibilidad del recurso *en cuanto a la falta de autorización paterna*; pero nada más que en ese aspecto.

⁴ *Dictámenes*, 69: 105. (Uniforme.)

⁵ *Dictámenes*, 75: 14; ver también GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 35.

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.”⁶

Esta doctrina es también aplicable en el caso de las denuncias de ilegitimidad, que se consideran teóricamente dirigidas al Poder Ejecutivo, en su carácter de jefe superior y responsable de toda la administración. En tal circunstancia, se entiende que un funcionario de jerarquía inferior, al no ser responsable por la marcha de toda la administración, no puede en modo alguno desechar por sí la denuncia, sino que está obligado a elevarla a conocimiento del Poder Ejecutivo para que éste adopte en definitiva la decisión que considere oportuna.

5. 4°) *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.

Ya señalamos al comienzo de este trabajo que en el procedimiento administrativo son principios fundamentales el de la impulsión e instrucción de oficio, además del de la verdad material. 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, y para la averiguación de los hechos reales. 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 expediente.

6. 5°) *Perención de instancia*

En virtud del principio de la impulsión del oficio, el administrador carece de facultades para decretar la perención de la instancia.⁷

B) *Respecto al fondo de los recursos*

7. 1°) *Revocación de su propio acto, impugnado jerárquicamente*

Según dijéramos ya 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 que “Si la actividad desplegada fuera una *actividad administrativa* y, por ende, su consecuencia, la emanación de *actos administrativos*, la rectificación sería posible, salvo norma expresa en

⁶ *Dictámenes*, 66: 235; 70: 159; 71: 89.

⁷ *Supra*, cap. II, n° 3 y ss.

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, R., *Diritto Amministrativo*, Vol. II, 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. (VILLAR y ROMERO, *Derecho Procesal Administrativo*, 1944, p. 168.)”⁸ 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...”⁹

Así funciona por otra parte en la práctica, y no es muy extraño que un director general cuyo acto es recurrido jerárquicamente revoque por contrario imperio su acto si algún dictamen posterior es contrario a su tesis, sin esperar así el dictado del decreto en tal sentido.

8. *Continuación: Límites a la facultad de revocar*

Dado que tal criterio implica un mayor beneficio para el administrado (pues su derecho es reconocido más rápidamente) y que en definitiva significa una aceleración y economía administrativa, nos parece que es 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 aún el acto impugnado. Sería inexistente, por lo tanto, el acto del inferior jerárquico que pretendiera resolver en cuanto al fondo del recurso, rechazándolo.

En conclusión, puede decirse que 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 facultados 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 derive en beneficio del recurrente.

9. 2º) *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 iguales facultades sobre el acto del inferior. Así entonces,

⁸ *Dictámenes*, 53: 275, 280; y otros.

⁹ VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 130. En el mismo sentido, FLEINER, *op. cit.*, p. 148.

si un acto de un director general es impugnado ante el Poder Ejecutivo mediante recurso jerárquico, el Secretario de Estado o el Ministro, autoridades intermedias en la escala jerárquica, tienen facultades para hacer lugar a lo solicitado por el peticionante, pero no para rechazarlo.

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 por ejemplo, las decisiones de entidades autárquicas impugnadas por recurso jerárquico impropio ante el Poder Ejecutivo, no pueden ser revocadas por razones de ilegitimidad por un Ministro o Secretario de Estado, pues éstos carecen de supremacía sobre aquéllas.¹⁰

En definitiva, la posible revocación del acto impugnado por parte de quien no tiene competencia para resolver el recurso pero sí supremacía jerárquica, se funda en dicha jerarquía pero no en el recurso mismo: Formalmente, no implica la decisión del recurso; por eso, no puede rechazar la petición. Rechazar el reclamo implicaría decidir el recurso; en cambio, revocar el acto no lo es necesariamente, ya que puede también suponer el mero control de legitimidad mencionado.

10. 3º) *Revocación del acto propio, confirmado o modificado por el superior*

a) Si el superior resuelve el recurso jerárquico rechazándolo y manteniendo, sin modificar, el acto del inferior, se ha sostenido que el inferior mantiene la facultad de revocar su propio acto no obstante la decisión del superior.¹¹

b) En cambio, si el superior sustituye el acto impugnado por otro, o lo modifica, el inferior carece ya de competencia para decidir nuevamente sobre la cuestión.¹²

Ello puede fundarse en que en el primer caso el superior se ha limitado a hacer una revisión o control del acto, pero sin hacerlo suyo; en el segundo caso en cambio el acto ha sido reproducido en una jerarquía superior y por lo tanto es ya un acto procedente de dicha jerarquía, por sobre la competencia del inferior. Pero entendemos que este criterio es aceptable con una limitación terminante: Que el inferior puede revocar o modificar el acto sólo en tanto y en cuanto ello implique hacer lugar a lo peticionado por el administrado. En este sentido, la limitación sería igual a la que existe respecto a la facultad de revocar el propio acto mientras pende la decisión el recurso jerárquico.

¹⁰ *Dictámenes*, 75: 294; y otros.

¹¹ En sentido similar, ALESSI, *op. cit.*, pp. 92 y 93; ZANOBINI, *op. cit.*, p. 74; FLEINER, *op. cit.*, p. 148.

¹² FLEINER, *op. cit.*, p. 148.

11. 4º) *Reiteración del propio acto, revocado por el superior*

Si el superior hace lugar al recurso, revocando el acto impugnado, el inferior carece ya de facultades para reproducir el acto.¹³

12. 5º) *Decisión del recurso*

El funcionario con competencia para decidir el recurso tiene facultades para corregir los fundamentos de derecho dados por las partes, para darles la correcta calificación que técnicamente corresponda a los recursos; y 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 el decidir *ultra petitem*.¹⁴

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 y haya cosa juzgada administrativa,¹⁵ pues tales partes del acto están firmes y son así irrevisibles de oficio y al no cuestionarlos el particular, no pueden tampoco dar lugar a la revisión en base al recurso.

Por lo demás, la decisión del recurso no podría reconocer menos al recurrente que lo que reconocía el acto impugnado, siempre que él estuviera en “cosa juzgada administrativa,” pues las facultades de la administración para volver sobre sus actos sólo existe en la medida en que con ello se beneficie al particular.¹⁶

II. *Deberes del administrador*

13. 1º) *Facilitar la defensa del recurrente*

Uno de los fundamentales deberes del administrador durante el procedimiento administrativo es el pleno respeto a la garantía de la defensa que le compete a 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:

a) Un leal conocimiento de las actuaciones administrativas; esto es, el funcionario no debe ni puede restringir u obstaculizar el derecho del administrado a tomar vista de las actuaciones, en cualquier estado de éstas, salvo disposición expresa de autoridad competente, y siempre *antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo*.¹⁷

¹³ ALESSI, *op. cit.*, p. 93; ZANOBINI, *op. cit.*, p.74.

¹⁴ Ley española, art. 93, inc. 1º; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 92; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 154.

¹⁵ Comparar GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 109-10.

¹⁶ Así la Corte Suprema en el caso *Redrado, JA*, 1954-II, 417; nuestra *Introducción, op cit.*, p. 69, nota; comp. *dictum* del mismo tribunal en “G. U., J. S., suc. c: Instituto Nacional de Previsión Social” *ED*, 1962, t. 2, p. 9 y ss.; y la vieja jurisprudencia de *Fallos*, 194: 125 y 254.

¹⁷ Ver *Supra*, cap. II, nº 15 y ss.

b) La presentación de escritos alegando sobre sus derechos, en cualquier etapa del procedimiento: Sea antes de iniciarse el procedimiento, o durante el mismo, en ocasión de dictámenes, informes, etc., o luego de su decisión. Es de recordar particularmente que el funcionario no puede bajo ninguna circunstancia dificultar al administrado el ejercicio de ciertos derechos que requieren una manifestación expresa de voluntad: Por ejemplo, el efectuar la reserva de intereses que prescribe el art. 624 del Código Civil, en el mismo certificado por que se le paga; o el efectuar reservas de cualquier otro tipo en los certificados, recibos o “conformes” que se le solicite firmar: Así, al recibir un vehículo que fuera retirado por mal estacionamiento, no puede limitársele al propietario el derecho a efectuar reservas en el recibo mismo, etc.

c) El ofrecimiento de la prueba que considere necesaria, y su producción. El funcionario debe también permitir y facilitar al administrado y el control de la prueba realizada por la administración (pericias, mediciones, etc.), estando éste presente por sí o con técnicos, y haciendo las observaciones y reservas que considere pertinentes; en el caso de testigos, haciendo las repreguntas que fueren necesarias.

14. 2º) *Impulsar el trámite de los recursos*

Otro de los deberes del funcionario, a que nos hemos referido por razones de comodidad al hablar de las facultades procedimentales del administrador, es el de elevar a la superioridad los recursos que ante él se interpongan, incluso cuando adolezcan de fallas formales o él sea incompetente para resolver. (*Supra*, A, 2 y 4.) Y también, desde luego, está obligado a impulsar de oficio el procedimiento.

15. 3º) *Decidir expresamente las peticiones*

En el moderno Estado de derecho es un principio fundamental el de que se decidan expresamente las peticiones (recursos, reclamaciones, simples peticiones) de los administrados;¹⁸ no hace falta mayor fundamento para señalar que esto es también parte de la garantía de la defensa.

La obligación de decidir existe aunque la ley haya previsto el silencio tácito en caso de transcurrir determinados plazos.¹⁹

Es muy importante destacar que aunque no haya norma que concretamente establezca la obligación del funcionario de decidir, dicha obligación existe y la omisión de cumplirla origina responsabilidad civil del funcionario respecto al administrado por los daños que dicha omisión le ocasione.²⁰

¹⁸ GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, p. 111; REAL, *op. cit.*, p. 37; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 22 y 33; etc.

¹⁹ Ley española, art. 94, inc. 2º; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 22, 33; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 155 y ss.

²⁰ Ver nuestros *Estudios de derecho administrativo*, pp. 64-6.

16. *Continuación: Desistimiento del recurrente y archivo de las actuaciones*

a) *Caso de desistimiento:* La mencionada obligación existe aunque los recursos sean desistidos por el particular; por lo tanto, dicho desistimiento nunca puede excusar la responsabilidad del funcionario que omite investigar y decidir una denuncia, reclamo o recurso con visos de veracidad y que ataque una irregularidad administrativa de mediana importancia.²¹

b) *Archivo:* Como consecuencia de lo anterior, no puede procederse al archivo de las actuaciones referentes a un recurso o petición; sin haberlo resuelto expresamente,²² y cuando el archivo deba ser decretado por otras causas debe dictarse un acto expreso que habrá de ser notificado al interesado.²³

17. 4º) *Caracteres que debe reunir la decisión*

La decisión administrativa de un recurso, etc., debe reunir los siguientes requisitos:

a) *Decidir todos los puntos propuestos por las partes:* Esto es parte de la garantía de la defensa y se lo ha relacionado, en el derecho argentino, con el principio de la razonabilidad.²⁴

b) *Fundarse en los hechos* acreditados, sin desconocer las pruebas existentes ni los hechos objetivamente ciertos: Esta obligación surge también del deber de razonabilidad, y la hemos explicado en otra parte.²⁵

c) *Fundar razonablemente en derecho* la decisión adoptada, sin palmario e indubitable error de derecho.²⁶

III. *Excusación y recusación*

A) *Excusación*

18. *Admisibilidad*

En el orden administrativo hay normas expresas respecto a la excusación, pero no a la recusación, salvo en casos especiales.

²¹ HEREDIA, *op. cit.*, pp. 276; comp. ley española, art. 98, inc. 2º; VIVANCOS, *op. cit.*, pp. 101-2; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 105.

²² VIVANCOS, *op. cit.*, p. 136, quien con la ley española hace una excepción en el caso de desistimiento del administrado, pp. 161-2.

²³ VIVANCOS, *op. loc. cit.*

²⁴ Ampliar en nuestro *El acto administrativo*, p. 136; ver GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 92, y sus referencias. Como dice el art. 93, inc. 1º, de la ley española, "La resolución decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados." En igual sentido el Consejo de Estado italiano: Ver revista *Il Consiglio di Stato* año XIII, n° 6-7, 1962, p. 1271 y sus referencias.

²⁵ *El acto administrativo, op. loc. cit.*

²⁶ *El acto administrativo*, p. 138 y ss. donde explicamos las distintas hipótesis de arbitrariedad.

En materia de excusación dice el art. 6° del Estado del Personal Civil de la Administración Nacional:²⁷ “Sin perjuicio de los deberes que particularmente impongan las leyes, decretos y resoluciones especiales, el personal está obligado:

1) A excusarse de intervenir en todo aquello en que su actuación pueda originar interpretaciones de parcialidad y/o incompatibilidad moral.” Se trata, pues, de un deber del funcionario público.

19. Caracteres y alcances de la excusación

A nuestro criterio la excusación del funcionario no opera automáticamente como en el orden judicial, es decir, no implica que el funcionario queda *ipso jure* separado de la función de tramitar el expediente; siempre le corresponde al funcionario superior²⁸ decidir si las causales de excusación aducidas por el funcionario son exactas, y si encuadran dentro de la norma del artículo 6° del decreto-ley 6666/57;²⁹ con todo, es de hacer notar que dicha disposición es bastante amplia. La decisión del superior, admitiendo o desechando la excusación es recién la que tiene por virtualidad, en el primer caso, producir la separación del funcionario respecto del procedimiento de que se trata;³⁰ dicha decisión es susceptible de ser recurrida jerárquicamente por el funcionario mismo o por las partes en el procedimiento.³¹

Se ha sostenido el criterio de que las causales de excusación deben ser interpretadas en forma restrictiva.³²

B) Recusación

20. Improcedencia

En ausencia de norma expresa, respecto a la *recusación*, se ha entendido que ella en principio no procede.³³ El fundamento que se ha dado para establecer tal principio es el siguiente: “Si pudiera recusarse al funcionario administrativo como a un juez se interrumpiría a cada momento la *continuidad* de la acción administrativa y se paralizaría la ejecución de un acto por cualquier adversario político o por quien temiera la rectitud y el dinamismo del funcionario; de ese modo podrían crearse cuestiones dilatorias. Por otra parte, admitido el régimen

²⁷ Es el decreto-ley 6666/57.

²⁸ Y, en el caso de cuerpos colegiados sin superior jerárquico común, a los demás miembros del cuerpo. Comp. BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, 1956, 5ª ed., p. 21.

²⁹ Comp. BIELSA, *op. loc. cit.*

³⁰ Comp. ley española, art. 20; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 63 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 40 y ss.

³¹ En contra, VIVANCOS, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

³² BIELSA, *op. cit.*, p. 21.

³³ BIELSA, *op. cit.*, pp. 20 y 21. PTN, *Dictámenes*, 65: 285: “Sin perjuicio de ello, de acuerdo con lo prescripto por el art. 6°, inciso 1), del Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública Nacional, queda librado a la apreciación de dicho funcionario, excusarse de seguir interviniendo en este expediente.” La ley española prevé expresamente el punto: Ver GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 40 y ss.

de la recusación, de él no se podrían exceptuar a los más altos funcionarios, como el presidente de la Nación y sus ministros, lo que sería absurdo.”³⁴

21. *Crítica*

Sin embargo, no compartimos esos argumentos. En efecto, si se piensa que una recusación que “paralizara” la ejecución de un acto afectaría la continuidad de la acción administrativa, obviamente la solución no es eliminar radicalmente la recusación, sino por el contrario sostener que su interposición no suspende la tramitación del procedimiento ni, *a fortiori*, la ejecución del acto. El argumento indicado, pues, no es suficiente para rechazar el instituto de la recusación, sino a lo sumo para indicar que tal recusación no debe producir automáticamente la separación del funcionario que entiende del trámite. Y eso es precisamente lo que sostenemos para el procedimiento administrativo.³⁵

Por lo demás, en lo que respecta al estado actual de la práctica administrativa, es de recordar que la interposición de un recurso administrativo en principio no suspende la ejecución del acto impugnado; menos aún podrá entonces considerarse que una simple recusación del funcionario actuante pueda tener esa virtualidad de suspender o paralizar la ejecución de un acto, ni la tramitación del expediente. Pero incluso aunque se entienda, como proponemos, que los recursos suspenden la ejecución del acto, no cabría entender que la recusación tiene la misma virtualidad, pues ella no es un recurso sino una reclamación que no impugna acto alguno, sino el hecho de que intervenga en el trámite un determinado funcionario.

Tal es la solución del derecho estadounidense, de acuerdo con el cual en caso de recusación los “funcionarios que participan en las decisiones, no están forzados a separarse en casos semejantes, debiendo ser verificada en cada oportunidad la procedencia de los cargos, como antecedente necesario a toda descalificación.”³⁶

22. *Conclusión respecto a la procedencia de la recusación*

Consideramos en consecuencia que la recusación es en principio procedente, y que la interposición de la misma no tiene por efecto suspender ni interrumpir el trámite normal del procedimiento ni la ejecución de acto alguno: La recusación debe estudiarse y resolverse por cuerda separada, sin perjuicio de que las actuaciones principales sigan su curso normal; decidida la recusación, será entonces del caso que el funcionario recusado se abstenga de seguir intervi-

³⁴ BIELSA, *op. cit.*, p. 20.

³⁵ Salvo norma expresa en tal sentido, como la que contiene el art. 55, última parte, de la ley española. Ver GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 47; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 106. Esta solución del derecho español, por otra parte, demuestra que incluso si la recusación detuviera momentáneamente el procedimiento, el temor indicado es excesivo: Basta con dar un trámite expeditivo a la recusación para impedir que la demora sea muy grande. Los autores españoles citados no hacen crítica alguna al carácter suspensivo que la ley acuerda a la recusación.

³⁶ BOSCH, JORGE TRISTÁN, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953, p. 109.

niendo, si la recusación fue admitida, o que continúe con el trámite, si ha sido rechazada.

23. Causales de recusación. El prejuicio personal

En cuanto a las causales de recusación, serían de aplicación analógica en primer lugar las establecidas por el decreto 1471/58 para los sumarios administrativos;³⁷ más, a *contrario sensu*, las causales de excusación existentes para los propios funcionarios. (Art. 8º, citado, del decreto-ley 6666/57.) En tales hipótesis la admisión de la recusación es a nuestro juicio ineludible.

Pero no son ellas las únicas causales de recusación admisibles: Siguiendo aquí el criterio anglonorteamericano, entendemos que el “prejuicio personal” (*personal bias*)³⁸ debe ser causal de recusación en los casos en que la índole de la cuestión así lo requiera. 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 la justicia natural,³⁹ aplicable desde luego al procedimiento administrativo y cuya finalidad esencial es asegurar la imparcialidad de éste⁴⁰ pudiéndose por ello subsumirlo dentro de la garantía de la defensa.⁴¹ Así por ejemplo, una diametral oposición de ideas doctrinales o científicas puede ser causal suficiente para impugnar a un miembro del jurado para la provisión de una cátedra.

Por lo demás cabe distinguir dos hipótesis fundamentales de “prejuicio personal:” a) Él puede ser impersonal, como en el caso anterior, y en toda otra hipótesis en que la tendencia del pensamiento del funcionario esté 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.”⁴²

24. El caso del Presidente y los Ministros

Por fin, en lo referente al Presidente de la Nación y los Ministros y Secretarios de Estado, no nos parece absurda la posibilidad de que ellos se excusen o sean recusados cuando tienen que decidir cuestiones en las cuales están personalmente interesados y respecto de las cuales hay absoluta y terminante incompatibilidad moral en que decidan. Si un candidato a Presidente tiene un juicio contra la Nación, parecería que hay incompatibilidad moral en que, elegido Presidente,

³⁷ Ver *infra*, n° 26.

³⁸ Ver BOSCH, *op. cit.*, p. 105 y ss.

³⁹ Así lo da WADE, *op. cit.*, p. 130 y ss.

⁴⁰ WADE, *op. loc. cit.*; LANGROD, *op. cit.*, pp. 1128 y 1129; BOSCH, *op. loc. cit.*

⁴¹ CSJN, *Fallos*, 198: 78, en que se exige que el caso del individuo sea considerado, en el procedimiento administrativo, “por funcionarios imparciales...,” como requisito integrante de la garantía de la defensa. WADE, en cambio, da como categorías separadas la “defensa” y la “regla contra el prejuicio.” (*Op. loc. cit.*)

⁴² BOSCH, *op. cit.*, p. 105.

dicte un decreto desistiendo del juicio por parte de la Nación; si un empresario está interesado en una controversia administrativa, y luego resulta nombrado Ministro del ramo, parecería también contrario a la moral y al derecho que sea él mismo quien decida su propia controversia particular. Todo esto nos parece demasiado obvio como para que sea necesario insistir.

Entendemos por ello que cuando hay causal de manifiesta y absoluta incompatibilidad moral en que el Presidente o un Ministro decida una cuestión, sería procedente, a título excepcional, tanto la excusación como la recusación de éstos. Y en tales casos el procedimiento a seguir sería que se resolviera por Decreto del Poder Ejecutivo cuál es el Ministro que debe intervenir interina o sustitutivamente en la cuestión,⁴³ o incluso, en los casos graves que así lo requieran, que el Presidente delegue el mando a ese sólo efecto en el Vicepresidente de la Nación.

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. Parécenos 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 a lo contrario.⁴⁴

25. *Oportunidad de plantear la recusación*

La recusación puede plantearse en cualquier momento de la tramitación del procedimiento,⁴⁵ pues establecer una oportunidad determinada y única, para hacerlo constituye un innecesario rigorismo de procedimiento; con todo, la recusación no podría ya plantearse luego de emanado el acto y de terminada la intervención del funcionario respectivo en el procedimiento.

C) *Excusación y recusación de los sumariantes*

26. *Causales*

En materia de sumarios administrativos para el personal administrativo hay normas expresas respecto tanto a la excusación como a la recusación. El decreto 1471/58, reglamentario del art. 41 del decreto-ley 6666/57, dispone en su apartado XII: “Los instructores deberán excusarse y podrán a su vez ser recusados:

⁴³ El decreto 229 del 11-I-1963, B. O. 16-I-1963, admitió la excusación, en un recurso jerárquico del ministro de Economía, disponiendo “Art 2: El recurso de referencia será tramitado por intermedio del Ministerio de Educación y Justicia;” esto es, en lugar de cambiar el funcionario, cambia el Ministerio de tramitación: Ello, desde el punto de vista práctico, es la mejor solución de la cuestión. Por lo demás, cabe pensar analógicamente que en los casos de excusación o recusación de cualquier ministro el recurso deberá tramitarse en el de Educación y Justicia; y si la excusación o recusación lo fuera de éste, correspondería que se tramitara ante el Ministerio del Interior.

⁴⁴ Conf. respecto a la admisibilidad de recusar los miembros del gabinete ministerial, WADE, *op. cit.*, pp. 140 y 141.

⁴⁵ Ley española, art. 21; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 66 y ss.

- a) Cuando medie parentesco por consanguinidad hasta cuarto grado o segundo de afinidad con el sumariado o con el denunciante;
- b) Cuando en oportunidad anterior hubiesen sido denunciante o denunciados de alguna de las partes;
- c) Cuando tengan amistad o enemistad manifiesta con alguna, de las partes;
- d) Cuando tengan relaciones de intereses o sean acreedores o deudores de algunos de ellos;
- e) Cuando tengan relación de dependencia con los mismos.”

27. *Caracteres y alcances*

La disposición no establece expresamente la suspensión del sumario mientras se resuelve la recusación, por lo que entendemos que es de aplicación el principio general comentado, y que el sumario debe continuar adelante, mientras se decide respecto a la recusación o excusación.

Por lo demás, se ha entendido que las causales de recusación establecidas en este decreto particular, deben interpretarse restrictivamente.⁴⁶

IV. *Responsabilidad del administrador*

28. *Caracteres de la responsabilidad civil*

La violación o el irregular cumplimiento de los deberes y facultades del administrador, hace al mismo responsable no sólo administrativa y penalmente, sino también civilmente.

Es de recordar en este último aspecto que el art. 1112 del Código Civil establece: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este Título;” ello significa, según explicábamos ya en otra parte, que el funcionario es responsable por los hechos y omisiones que impliquen un irregular cumplimiento de la función, sin que sea necesario que ese acto o hecho realizado u omitido estuviera expresamente contemplado en alguna norma legal o reglamentaria.⁴⁷ Además, las disposiciones constitucionales en particular obligan al funcionario, 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 por ejemplo si el obstaculizar a un particular efectuar una reserva de cobrar intereses, o reserva de reclamar indemnizaciones por el daño ocasionado

⁴⁶ *Dictámenes*, 78: 233.

⁴⁷ Ver nuestros *Estudios*, *op. cit.*, pp. 64-66.

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. Pero es de recordar también que, en nuestro concepto, el funcionario es igualmente responsable por el daño moral que ocasione al tercero.⁴⁸

29. *Coordinación de la responsabilidad del funcionario con la del Estado*

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.⁴⁹

⁴⁸ *Estudios de derecho administrativo*, p. 67 y ss.

⁴⁹ *Estudios, op. cit.*, p. 82 y ss.