

## CAPÍTULO IX

### RECURSO JERÁRQUICO

#### SUMARIO

I. <i>Recurso jerárquico propio</i> .....	PRA-IX-1
1. El concepto de recurso jerárquico .....	PRA-IX-1
2. Comparación con el recurso extraordinario del derecho italiano.....	PRA-IX-1
3. Distinción entre recurso jerárquico propio e impropio .....	PRA-IX-2
4. Ante quien se interpone .....	PRA-IX-2
5. Alcances de este requisito .....	PRA-IX-3
6. Contra qué actos procede. a) En razón del órgano.....	PRA-IX-3
7. b) En razón de la naturaleza.....	PRA-IX-3
8. c) En razón de la materia .....	PRA-IX-4
9. Actos excluidos del recurso. a) Resoluciones ministeriales definitivas.....	PRA-IX-5
10. b) Decretos del Poder Ejecutivo .....	PRA-IX-5
11. c) Actos preparatorios.....	PRA-IX-6
12. Por qué motivos se puede recurrir. a) Legitimidad y oportunidad .....	PRA-IX-6
13. b) Derecho subjetivo e interés legítimo .....	PRA-IX-6
14. Término para interponer el recurso.....	PRA-IX-6
15. Requisitos del recurso.....	PRA-IX-7
16. Identidad del recurrente .....	PRA-IX-7
17. Interposición .....	PRA-IX-8
18. Ante quién se tramita el recurso. a) En general .....	PRA-IX-8
19. b) Cuando se impugnan actos del Secretario de Estado.....	PRA-IX-8
20. Etapas del trámite. 1º) Remisión de las actuaciones .....	PRA-IX-9
21. Procedimiento seguido para la remisión .....	PRA-IX-10
22. Término para la remisión.....	PRA-IX-10
23. 2º) Apertura a prueba .....	PRA-IX-10

24. 3º) Informes y dictámenes: a) Informes de las direcciones generales.....	PRA-IX-11
25. b) Informe del Subsecretario de Estado .....	PRA-IX-12
26. c) Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación.....	PRA-IX-13
27. d) Exigencia de dictamen jurídico.....	PRA-IX-14
28. 4º) Memorial.....	PRA-IX-14
29. Decisión del recurso.....	PRA-IX-14
30. Alcances de la decisión .....	PRA-IX-15
II. <i>Recurso jerárquico impropio</i> .....	PRA-IX-15
31. Concepto.....	PRA-IX-15
32. Procedencia: a) Principio general .....	PRA-IX-15
33. b) Contra qué actos procede .....	PRA-IX-16
34. c) Motivos porque procede .....	PRA-IX-17
35. Legitimidad en sentido amplio.....	PRA-IX-17
36. Oportunidad.....	PRA-IX-17
37. Interposición del recuso.....	PRA-IX-18
38. Decisión del recurso.....	PRA-IX-18
39. Alcances de la decisión. Reforma y sustitución del acto.....	PRA-IX-18

## Capítulo IX RECURSO JERÁRQUICO

### I. Recurso jerárquico propio

#### 1. El concepto de recurso jerárquico

Conceptualmente, recurso jerárquico sería todo medio jurídico para impugnar un acto administrativo ante el superior jerárquico del órgano que dictó el acto.<sup>1</sup>

No obstante, en el derecho argentino el término *recurso jerárquico* ha quedado reducido, en su empleo positivo y usual —dentro de la reglamentación del decreto 7520/44— a un solo tipo de recurso jerárquico: Aquel que se interpone ante el Poder Ejecutivo contra un acto de sus órganos dependientes.<sup>2</sup> Los recursos en vía jerárquica en otras etapas administrativas son llamados, según ya vimos, en un caso “recurso de revocatoria,” y en otros, según veremos, “recurso jerárquico no reglado,” estableciéndose así distinciones en virtud de las cuales el concepto estricto de recurso jerárquico *queda limitado a aquél dirigido al Poder Ejecutivo*.

#### 2. Comparación con el recurso extraordinario del derecho italiano

Esa característica, unida al hecho de que para interponerlo se hace necesario haber agotado parcialmente la vía jerárquica (llegando a la jerarquía de Director General mediante el recurso de revocatoria), lo hacen en cierto modo similar al “recurso extraordinario al Presidente de la República” que conoce el derecho italiano.<sup>3</sup> Este último también es un recurso interpuesto ante el Poder Ejecutivo, que procede cuando se ha agotado la vía jerárquica, mediante los recursos administrativos comunes. Se diferencian fundamentalmente en que en el derecho italiano el recurso extraordinario al Presidente de la República sólo

<sup>1</sup> Ver comparar BIELSA, *op. cit.*, p. 47 y ss.; FIORINI, *op. cit.*, p. 19 y ss.; PUCHETTI, ANTONIO CORRADO, *Il ricorso gerarchico*, Padua, 1938, p. 166 y ss.; AMORTH, ANTONIO, voz “Ricorso gerarchico,” en *Nuovo Digesto Italiano, cit.*; PEARSON, *op. loc. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos, op. cit.*, p. 129 y ss.; etc.

<sup>2</sup> FIORINI, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

<sup>3</sup> NAI, SIRO, *Il ricorso straordinario al Presidente Della Repubblica*, Milán, 1957, p. 69 y ss.; GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 131 y ss.; etc.

puede fundarse en razones de legitimidad,<sup>4</sup> mientras que en el derecho argentino puede basárselo tanto en razones de legitimidad como de oportunidad; además, en el carácter excepcional del recurso italiano, lo que lleva ciertas limitaciones en las facultades de decisión,<sup>5</sup> que no existen en el derecho argentino, en que tal recurso no es excepcional sino general.<sup>6</sup>

### 3. *Distinción entre recurso jerárquico propio e impropio*

Existe, además, una distinción conceptual entre recurso jerárquico propio e “impropio.” El primero sería aquel que se emplea para impugnar actos de órganos dependientes del Poder Ejecutivo en la administración, esto es, órganos sujetos a su *jerarquía*: De allí que “*propiamente*” se recurra en forma “*jerárquica*.”

El segundo, en cambio, sería el medio de impugnación para atacar actos de las entidades descentralizadas (entes autárquicos, empresas del Estado) ante el Poder Ejecutivo. Dado que tales entidades están sometidas a un *contralor administrativo* pero no estrictamente a un *poder jerárquico*,<sup>7</sup> o sea, dado que si bien existen facultades de supervisión del Poder Ejecutivo, dichos entes no están estrictamente sometidos a su jerarquía, no puede entonces decirse “*propiamente*” que se recurra en vía “*jerárquica*,” de allí pues lo de “recurso jerárquico impropio.”<sup>8</sup>

En la práctica se habla simplemente de “recurso jerárquico” para referirse al primero, y sólo se emplea el aditamento para referirse al segundo. Nos referiremos a continuación al primero.

### 4. *Ante quien se interpone*

De acuerdo con lo dispuesto por el decreto citado el recurso es “...promovido ante el Poder Ejecutivo,” y “...se presentará por escrito ante el Ministerio respectivo...” (Art. 2º).

Esto significa que el recurso va dirigido al Poder Ejecutivo (concretamente, al Presidente de la República), pero que se lo presenta ante el Ministerio de la materia o, en el actual ordenamiento de la ley de ministerios (14.439), ante la

<sup>4</sup> GUICCIARDI, *op. cit.*, pp. 134 y 135.

<sup>5</sup> GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 144. por ejemplo, sólo puede anular el acto, pero no modificarlo ni sustituirlo por otro. Es de destacar que el mismo tiempo que el recurso extraordinario, existe en el derecho italiano, paralelamente, un recurso jerárquico ante el mismo Presidente, en ciertos casos: En estas hipótesis ese “recurso jerárquico” sería más amplio que el “recurso extraordinario.” Ver GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 135.

<sup>6</sup> Comp. Distinta formulación de igual principio en *Dictámenes*, 61: 8, en que se dijo que era extraordinario *en el sentido de que procede aunque una reglamentación específica no lo prevea, y procede con amplitud*.

<sup>7</sup> Ver VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1950, p. 308 y ss.; nuestro artículo “Descentralización y delegación de autoridad,” en *Revista de Administración Pública*, nº 3-4, Buenos Aires, 1962, p. 28 y ss.

<sup>8</sup> Para una exposición crítica del problema, ver PUCHETTI, *op. cit.*, p. 209 y ss.; también SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 474 y ss.

Secretaría de Estado respectiva: La práctica se ha inclinado por este último criterio, pero ello no significa que sea improcedente interponerlo en el Ministerio.

### 5. Alcances de este requisito

El que el recurso sea presentado en el Ministerio o Secretaría de Estado no es un requisito solemne, pues según hemos visto si el mismo es presentado ante un inferior jerárquico, o incluso ante el mismo autor del acto impugnado, éstos tiene la obligación de elevarlo al Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio o Secretaría de Estado respectiva, para su consideración. Esto está estrechamente unido con el principio de que los funcionarios inferiores no tienen facultades para decidir la procedencia formal de los recursos administrativos.

### *Contra qué actos procede*

#### 6. a) *En razón del órgano*

Según hemos visto, la presentación del recurso de revocatoria es requisito necesario cuando el acto proviene de un funcionario con jerarquía inferior a Director General, en la administración central, o que no sea la autoridad máxima del ente, en la administración descentralizada. Vimos también que cuando el acto originario proviene de esas autoridades, no es necesaria la previa revocatoria.

Ello nos permite concluir en que el acto real e inmediato impugnado mediante recurso jerárquico es aquel que proviene —expresamente o por denegación tácita— de una autoridad con jerarquía no inferior a Director General, o que sea la autoridad máxima de un ente autárquico. Tratándose de jerarquías inferiores, el recurso jerárquico aquí considerado será improcedente, correspondiendo en su lugar el de revocatoria.

Desde luego, por aplicación de los principios generales, si el administrado interpone recurso jerárquico cuando era necesario el de revocatoria, corresponderá que su recurso sea considerado como si fuera de revocatoria, y ser resuelto concordantemente; y viceversa.<sup>9</sup>

Tratándose de jerarquía superiores, no hay dificultad alguna: El recurso jerárquico procede directamente, sin necesidad de revocatoria previa, cuando el acto proviene de un Director General, Secretario de Estado, o Ministro.<sup>10</sup>

#### 7. b) *En razón de la naturaleza*

El acto impugnado debe ser un acto administrativo en sentido estricto, o un reglamento; es decir, declaraciones *que producen efectos jurídicos inmediatos*. No procede pues “contra las medida preparatorias de decisiones administrativas, ni contra los informes administrativos.” (Art. 1º, 2º parte.)

<sup>9</sup> *Dictámenes*, 62: 112 y otros.

<sup>10</sup> *Dictámenes*, 75: 22 y otros; GOLDSCHMIDT, *Introducción*, *op. cit.*, p. 382.

Un pequeño problema surge de la primera parte del artículo 1º, cuando éste dice que “procederá el recurso jerárquico contra las *decisiones* dictadas...” ¿Significa ello que las declaraciones que no constituyen decisiones sino *certificaciones* (o sea, atestaciones) u *opiniones*<sup>11</sup> no son impugnables mediante el recurso jerárquico? A nuestro entender ello no es así, porque este recurso, como los demás, tiene su fundamento principal en las facultades de contralor del superior, en su poder jerárquico y en la vigencia objetiva de la legalidad administrativa, por lo que él *procede aunque no haya norma expresa que lo establezca*. En consecuencia, no corresponde interpretar que la falta de previsión reglamentaria pudiera significar a *contrario sensu* una exclusión del recurso, sino que por el contrario sería necesaria una norma expresa en tal sentido para poder interpretar que determinados actos no son recurribles. El recurso jerárquico, pues, procede también contra las certificaciones y opiniones que producen efectos jurídicos inmediatos.<sup>12</sup>

### 8. c) *En razón de la materia*

En el caso del recurso jerárquico impropio, el decreto mencionado expresa que el mismo no procede “...contra los actos de entidades autarquías cuando éstas hubiesen obrado como persona jurídicas civiles.” (Art. 1º, *in fine*.)

¿Puede ese concepto hacerse extensivo a la administración centralizada, interpretando entonces, por ejemplo, que el recurso jerárquico no procede contra los actos de derecho privado de la administración?

A nuestro juicio no. En primer lugar, por una razón de principio: Que es ilógico considerar que la administración puede dictar actos de derecho privado, según creemos haberlo demostrado;<sup>13</sup> lo único que puede teóricamente aceptarse —y aún bajo algunas dudas— es la posibilidad de que ciertos actos administrativos se rijan *en cuanto a su objeto* por el derecho privado.<sup>14</sup> En tales hipótesis excepcionalmente, pues, existirían no obstante tres aspectos de derecho público en el acto: Competencia, voluntad y forma. Respecto de ellos no habría ninguna duda sobre la procedencia del recurso.

Pero también en lo que respecta al objeto del acto nos inclinamos por la misma solución, pues la exclusión que el decreto efectúa —con defectuoso léxico y error de concepto—, respecto de los actos regidos en su objeto por el derecho privado, está referida sólo a los actos de las entidades autárquicas, y no a los de la administración central. Dado que en su primera parte el decreto dice que el recurso

<sup>11</sup> Pues tanto las certificaciones como las opiniones pueden en ciertos casos ser actos administrativos. Ver nuestro *El acto administrativo*, p. 59 y ss.

<sup>12</sup> Destacamos que nos referimos a las opiniones o juicios *que producen efectos jurídicos inmediatos*, como por ejemplo un certificado de buena conducta, de salud, de higiene, etc.; o una mención positiva o negativa en el legajo de un funcionario, etc. Ver nuestro *El acto administrativo*, p. 60. Va de suyo que la mera opinión no productora de efecto jurídico alguno (así el dictamen, informe, pericia), no es impugnable por medio de recursos.

<sup>13</sup> *El acto administrativo*, p. 64 y ss.; FIORINI; *op. cit.*, p. 24.

<sup>14</sup> Nuestro trabajo citado, pp. 64-67.

procede contra todas las decisiones dictados por funcionarios, etc., y luego hace la excepción mencionada respecto a las entidades autárquicas, se concluye en que no habiendo excepción expresa cabe retornar a la regla general. El recurso, pues, procede igualmente contra los actos administrativos de la administración central cuyo objeto pueda eventualmente estar regido en alguna medida por el decreto privado.

A tales razones cabe agregar el principio general de acuerdo con el cual el recurso jerárquico procede aunque una norma no lo establezca expresamente, y en cambio sólo queda excluido por norma expresa en tal sentido.<sup>15</sup>

### *Actos excluidos del recurso*

#### *9. a) Resoluciones ministeriales definitivas*

Se ha interpretado que las resoluciones ministeriales, en los casos en que el Ministro tiene competencia para dictar decisiones finales, no son susceptibles de recurso jerárquico. Ello ocurre parcialmente en lo referente al orden interno de sus departamento (p. ej., licencias o traslados),<sup>16</sup> salvo casos de arbitrariedad u otra impugnación constitucional, en que entendemos que debe admitirse, a más de los recursos jurisdiccionales del caso, el mismo recurso jerárquico.

Pero por supuesto si la facultad ejercida es de competencia del Presidente, una resolución ministerial no puede cerrar el trámite del recurso;<sup>17</sup> las facultades del Ministro, por otra parte, han sido interpretadas siempre como “limitadas.”<sup>18</sup>

#### *10. b) Decretos del Poder Ejecutivo*

Va de suyo que también están excluidos del recurso jerárquico los propios decretos del Poder Ejecutivo, pues no se trataría en tales casos de la impugnación de un acto ante una instancia *superior en el orden jerárquico*, sino ante el mismo órgano que dictó el acto.<sup>19</sup>

Pero si bien es lógicamente imposible recurrir jerárquicamente un decreto del Poder Ejecutivo, ello en modo alguno impide ni excluye la interposición de otro tipo de recursos, fundamentalmente el recurso de reconsideración y el recurso de revisión.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> *Dictámenes*, 38: 250; FIORINI, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

<sup>16</sup> Constitución Nacional, art. 89; ley 14.439, art. 2º; decreto 12.720/53, t. o. 1956, art. 41. *Dictámenes*, 69: 263; 70: 285; 75: 237; PEARSON, *op. cit.*, p. 34.

<sup>17</sup> *Dictámenes*, 62: 15, 24; uniforme.

<sup>18</sup> CSJN, *Fallos*, 151: 286.

<sup>19</sup> *Dictámenes*, 65: 24; 65: 44, 54; 66: 197; e. 67, p. 153, etc.; FIORINI, *op. cit.*, p. 34.

<sup>20</sup> Ver *infra*, cap. X, nº 8.

### 11. c) *Actos preparatorios*

Según ya lo hemos dicho, están excluidos del recurso los actos preparatorios, informes, dictámenes, etc.,<sup>21</sup> en cuanto ellos no produzcan un efecto jurídico inmediato.

Pero ello no justifica, a nuestro criterio, afirmar que el acto impugnado *debe ser definitivo*, como sostiene parte de la doctrina.<sup>22</sup> Dicha terminología es empleada en el sentido de que el acto debe decidir algo respecto del particular, reconociendo un derecho o una obligación del mismo;<sup>23</sup> en nada se refiere a que deba agotarse etapa administrativa determinada ni, obviamente, a que el acto sea irrecurrible. Por tal causa es una terminología inadecuada y proclive a confusiones, que creemos preferible evitar para designar al acto impugnado, que deberá conceptuarse simplemente como *acto productor de efectos jurídicos inmediatos*.

*Por qué motivos se puede recurrir*

### 12. a) *Legitimidad y oportunidad*

De acuerdo con lo ya expresado, y al igual que los demás recursos, éste procede tanto por razones de legitimidad como de oportunidad.<sup>24</sup> Reiteramos que dentro de la legitimidad se comprende no sólo el ejercicio de las facultades regladas, sino también una serie de límites jurídicos a la actividad discrecional: a) Límites concretos del orden jurídico; b) razonabilidad; c) desviación del poder; d) buena fe; e) equidad; f) corrección técnica. Desde luego, también por razones de oportunidad puede proceder el recurso y revocarse el acto impugnado.

### 13. b) *Derecho subjetivo e interés legítimo*

Según los principios generales, el recurso procede tanto para la defensa del derecho subjetivo como del interés legítimo. Este último debe interpretarse con criterio amplio.<sup>25</sup>

### 14. *Término para interponer el recurso*

Según el artículo 4º del decreto 7520/44: “El recurso jerárquico deberá ser promovido en el término de quince días, a partir de la notificación de la denegatoria o vencido el plazo de diez días a que se refiere el artículo anterior.”

Según aclaramos antes, aunque la denegatoria expresa del recurso de revocatoria se produzca después de expirado el plazo para recurrir por denegación

<sup>21</sup> Art. 1º, 2ª parte; FIORINI, *op. cit.*, p. 25.

<sup>22</sup> Así FIORINI, *op. cit.*, p. 23; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 58.

<sup>23</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *op. loc. cit.*

<sup>24</sup> Ver *supra*, cap. III, nº 15 y ss.

<sup>25</sup> Ampliar *supra*, cap. IV, nº 18 y ss.

tácita, el término se reabre no obstante, y es posible interponer el jerárquico.<sup>26</sup> Para el cómputo del término, se aplican los principios generales ya analizados.<sup>27</sup>

### 15. *Requisitos del recurso*

Las formalidades requeridas por el decreto son:

“Art. 2º -Todo recurso jerárquico promovido ante el Poder Ejecutivo se presentara por escrito ante el Ministerio respectivo, de acuerdo con las siguientes formalidades:

1) Nombre y estado civil del recurrente, constitución del domicilio en Capital Federal y expresión del domicilio real.

2) Citas o documentos que acrediten legalmente la identidad del recurrente.

3) Determinación del recurso y afirmación de haberse solicitado revocatoria y haber sido ésta denegada por la autoridad superior del funcionario u órgano administrativo del cual emana la resolución recurrida, o de provenir la resolución directamente de la misma autoridad mencionada.”

Ya hemos señalado que tales requisitos no son exigibles totalmente, y que se reducen en verdad a tres:<sup>28</sup> 1º) Que el recurso esté por escrito (aunque puede ser por telegrama, y excepcionalmente verbal); 2º) que mencione nombre y apellido del recurrente (y no sólo “nombre” como dice el decreto);<sup>29</sup> 3º) que fije domicilio (real o legal, indistintamente; ello no es necesario cuando ya la administración tiñe el domicilio del interesado.)

En cuanto a los requisitos sustanciales, ya dijimos también que el único consiste en que exista una clara voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración.<sup>30</sup>

No obstante, es conveniente que el recurrente siga los requisitos habituales y razonables en materia de escritos jurídicos.<sup>31</sup>

### 16. *Identidad del recurrente*

En artículo 6º del decreto dispone: “La Mesa de Entradas dará al recurrente comprobantes de la presentación. El Jefe de la Mesa de Entradas podrá exigir al recurrente la ratificación de su firma cuando lo juzgue necesario para probar la identidad personal.”

La primera parte se respeta habitualmente; en cuanto a la segunda no es común que se requiera justificación de la identidad, pues “la buena fe está pro-

<sup>26</sup> Ver *supra*, cap. VIII, n° 19 y ss.

<sup>27</sup> Ampliar *supra*, cap. VII, n° 24 y ss.

<sup>28</sup> Ver *supra*, cap. V, n° 17 y ss.

<sup>29</sup> PEARSON, *op. cit.*, p. 27.

<sup>30</sup> *Supra*, cap. V, n° 21-2; cap. VII, n° 32.

<sup>31</sup> Para ello nos remitimos al cap. XI, que dedicamos a los aspectos prácticos de la redacción y presentación de recursos.

fundamente arraigada en su procedimiento;”<sup>32</sup> por lo demás, no tiene demasiado sentido, cuando se admite también la interposición del recurso por carta.

### 17. *Interposición*

Según ya expresamos, se presenta en la Mesa de Entradas del Ministerio o Secretaría de Estado respectiva; si se presentara ante organismos inferiores, o, en el caso de entidades autárquicas y empresas del Estado, ante ellas mismas, todos ellos tienen la obligación de remitir el recurso a la Secretaría respectiva para su ulterior tramitación.

### *Ante quién se tramita el recurso*

#### 18. a) *En general*

Se ha entendido, en principio, que el recurso jerárquico debe tramitarse originariamente en la Secretaría de Estado de la materia, y luego elevarse el proyecto que la misma prepara al Ministerio del ramo, el cual, con su aprobación o modificaciones lo eleva al Presidente para su consideración final.

Se ha dicho así que la “competencia originaria de la mencionada Secretaría de Estado, debe interpretarse sin mengua de las atribuciones propias del señor Ministro Secretario de Obras y Servicios Públicos, conforme lo establecido en el art. 2º, incs. 2º y 3º de la citada ley 14.439. A tal fin, destaco que esta última norma confiere a los Señores Ministros Secretarios la facultad para preparar, etc., todo acto de la exclusiva jurisdicción del Poder Ejecutivo. Correlacionando, por lo tanto, el art. 2º, inc. 3º y 18º de la Ley de Ministerios, es dable concluir que el recurso de que se trata debe tramitarse ante la Secretaría de Estado de Comunicaciones, la que elevará al Poder Ejecutivo el proyecto de decreto que sobre el particular entienda corresponder. Tal proyecto deberá pasar a consideración del señor Ministro Secretario de Obras y Servicios Públicos., antes de someterse al señor Presidente de la Nación. Todo ello sea dicho sin perjuicio del refrendo por parte del señor Ministro de Obras y Servicios Públicos, que oportunamente deberá elevar el decreto al P.E.”<sup>33</sup>

#### 19. b) *Cuando se impugnan actos del Secretario de Estado*

La regla que acabamos de comentar no ha sufrido excepciones, hasta la fecha, pero entendemos que la solución debe ser distinta cuando el recurso jerárquico

<sup>32</sup> PEARSON, *op. cit.*, p. 28.

<sup>33</sup> *Dictámenes*, 68: 153, donde se agrega: “De todo lo expuesto, resulta: a) Que la competencia para resolver el recurso, es del Poder Ejecutivo Nacional; b) que la preparación del proyecto del decreto incumbe a la secretaría de Estado..., debiendo pasar a consideración del señor Ministro...antes de ser sometido al seños Presidente de la Nación; c) que el refrendo corresponde al seños Ministro de..., sin perjuicio de llevar también la firma del señor Secretario de Estado...” En igual sentido, 71: 161.

impugna un acto del mismo Secretario de Estado. En tal hipótesis consideramos que el recurso debe ser tramitado ante el Ministerio respectivo, directamente.

Ello es así porque de lo contrario se desnaturalizaría la naturaleza esencial del curso —que es jerárquico— transformándolo indebidamente en una especie de recurso de reconsideración, que el Secretario de Estado puede tramitar él mismo; esto es particularmente importante cuando se hace necesario abrir a prueba el expediente y producir la prueba ofrecida, ya que mal puede esperarse imparcialidad plena en la admisión y recepción de la pruebas, como así también en permitir adecuadamente la defensa y contralor del interesado, cuando quien decide es el propio autor del acto impugnado.

A esta solución no es óbice el art. 18 de la ley 14.439, en cuanto dice que los secretarios de Estado “prepararán...todo acto de la exclusiva jurisdicción de éste” (el Poder Ejecutivo) “en relación con las Secretaría de Estado a su cargo,” pues ello no es en modo alguno una exigencia que pueda afectar la validez del decreto. Tampoco puede considerarse argumento válido el que recuerde el mismo artículo de ley en cuanto “Los Secretarios de Estado tendrán jerarquía ministerial,” porque la ley no puede otorgar “jerarquía ministerial” a órganos que de acuerdo con la propia Constitución no la tienen; por otra parte la misma ley desmiente esta supuesta “jerarquía ministerial” del los Secretarios de Estado, al afirmar en su art. 18, relacionado al art. 2º, que los Secretarios de Estado no pueden “representar política y administrativamente ante el Congreso a sus respectivos departamentos” (inc. 1º del art. 2º), ni “refrenar y legalizar con su firma los actos del Presidente de la Nación” (inc. 2º), ni “Preparar, suscribir y sostener ante el Congreso los proyectos de ley que inicie el Poder Ejecutivo, y todo acto de la exclusiva jurisdicción de éste” (inc. 3º), ni, finalmente, “Intervenir en la promulgación... de las leyes” (inc. 4º.) Por todo ello concluimos en que hay jerarquía entre el Ministro y el Secretario de Estado; que este último es subordinado del primero; que no hay exigencia legal ni constitucional de que el Secretario de Estado prepare necesaria y exclusivamente los proyectos de decreto; que, por lo tanto, atendiendo a la naturaleza del recurso jerárquico, no pueden ni deben intervenir en la tramitación de los recursos interpuestos contra sus actos ante el Poder ejecutivo de la Nación.

### *Etapas del trámite*

#### *20. 1º) Remisión de las actuaciones*

El decreto prevé varias etapas del trámite del recurso jerárquico. La primera y fundamental es traer las actuaciones administrativas en las cuales se produjo el acto impugnado, y las accesorias que sean de interés para la decisión del recurso.

El decreto 20.003/33 —precedente inmediato del 7520/44— “no incluía este trámite de la acumulación del antecedente que resulta tan sencillo y propio. El

abocarse al recurso se realizaba en primer lugar teniendo en cuenta las copias de las actuaciones y documentos que antes se exigían y que fueron suprimidas. El expediente mismo suple con muchísima mayor eficacia a las referidas copias.”<sup>34</sup>

En la actualidad, entonces, “Recibido el escrito (del recurso jerárquico) el Ministro (actualmente, el Secretario de Estado) lo proveerá solicitando de la autoridad administrativa que dicto la resolución objeto del recurso, el envío de las respectivas actuaciones y antecedentes, fijando para ello un término perentorio.”<sup>35</sup>

### 21. *Procedimiento seguido para la remisión*

Es de destacar que el “Ministro lo proveerá” *al escrito del recurso jerárquico*, solicitando a la autoridad inferior el envío de las actuaciones, lo que significa que el expediente que se forma con el recurso jerárquico —y por lo tanto las pruebas documentales que el recurrente acompañe— se envían en su totalidad a la autoridad inferior que dictó el acto impugnado.

Esta práctica contiene algunos riesgos —fundamentalmente, que se pueda perder o deteriorar alguna de las pruebas presentadas por el recurrente, en el trámite de este pedido—, pero hasta ahora no ha causado dificultades en la práctica, salvo la normal demora que todo expediente suele causar.<sup>36</sup>

### 22. *Término para la remisión*

Cuando el decreto expresa que se fijará “un término perentorio” para la remisión de las actuaciones, incurre en defecto terminológico, pues un término es perentorio cuando el que deja de ejercer un derecho durante su transcurso, pierde dicho derecho,<sup>37</sup> mientras que en el presente caso no se trata de un derecho sino de una obligación del órgano o funcionario inferior, cuyo incumplimiento en término no releva desde luego al mismo de la citada obligación, sino que en el presente caso no se trata de un derecho sino de una obligación de cumplimiento de una orden regular, lo que le acarrea responsabilidad civil y administrativa —e incluso, eventualmente, penal—.

### 23. 2º) *Apertura a prueba*

Una vez traído el expediente original a la Secretaría de Estado. “Si a juicio del Ministro (el Secretario de Estado, actualmente) los elementos probatorios no

<sup>34</sup> Pearson, *op. cit.*, p. 30.

<sup>35</sup> Art. 7º. Las aclaraciones entre paréntesis son nuestras.

<sup>36</sup> En caso de que el recurrente acompañe pruebas documentales importantes, pudiera parecer conveniente que a su solicitud o de oficio se reserven las mismas en la Secretaría de Estado a la espera de la remisión de los antecedentes. Pero esta solución, a su vez, peca de algo idealista; pues de por supuesto que la administración puede tener guardadas en forma ordenada dichas actuaciones, a la espera del expediente faltante. En realidad, en la pura práctica argentina actual, parecería que es mejor que todos los expedientes vayan juntos, so pena de que puedan sufrir un desencuentro irreparable... En definitiva, la actitud a tomar dependerá íntegramente de las circunstancias de cada caso.

<sup>37</sup> Es la crítica que efectúa PEARSON, *op. cit.*, p. 30.

fuesen suficientes para dictar decisión definitiva, ordenará a petición de parte o de oficio, la presentación de la prueba que estime pertinente.<sup>38</sup>

El decreto no fija un término para el ofrecimiento ni para la presentación de la prueba, pero es conveniente, aunque no necesario, que ambos sean expresamente fijados por la decisión que manda abrir a prueba el expediente.<sup>39</sup>

En la práctica, en los casos en que se ha abierto a prueba el recurso jerárquico, se ha evitado darle un carácter demasiado formal a la misma, y se ha preferido seguir un procedimiento especial, no previsto en el decreto: Remitir previamente las actuaciones al organismo o entidad que dictó el acto recurrido, planteándole los puntos sobre los que se considera necesario mayor esclarecimiento, “a fin de que por intermedio de las dependencias técnicas competentes se expida sobre los puntos indicados.” “Una vez que la repartición aludida produzca la información requerida en el plazo que se le fijará al efecto, correspondería que en la Secretaría de Estado de... se corriera *vista* de aquella a la recurrente, a fin de que —dentro del término que se le acuerde— produzca las alegaciones que considere pertinentes.” “En su caso, y *si así lo solicitara la recurrente*, en aquella oportunidad, corresponderá *abrir a prueba* al recurso sobre los puntos indicados... siguiendo el procedimiento establecido en el art. 8º del decreto 7520/44.<sup>40</sup>

#### 24. 3º) Informes y dictámenes: a) Informes de las direcciones generales

El artículo 10 del decreto establece que “Las Direcciones Generales, los Inspectores Generales y los Directores Generales de la administración, producirán informes sobre todo asunto que corresponda a su respectiva oficina.” (Primera parte del art. 10º.)

Esta disposición es tal vez algo innecesaria, pues para que el Director General produzca un informe, estando en trámite un recurso jerárquico (que presupone la impugnación de un acto suyo o de un superior jerárquico), es necesario que le sea requerido por autoridad competente. Si no se le solicita el informe expresamente, él no tiene oportunidad alguna de producirlo espontáneamente, por cuanto en ningún momento el expediente del recurso jerárquico es tramitado en sus oficinas. Ahora bien, si se le requiere expresamente el informe, entonces la previsión del art. 10 del decreto es superflua, pues la obligación de preparar el informe para obedecer a dicha orden existe con prescindencia de la norma reglamentaria: El inc. 20º del art. 86 de la Constitución determina que el Presidente (*y, a fortiori*, los Ministros, Secretarios, etc., en sus respectivos departamentos): “Puede pedir a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración, y por su conducto, a los demás empleados *los informes que crea convenientes*, y ellos son obligados a darlos.”

<sup>38</sup> Art. 8º. La aclaración entre paréntesis es nuestra.

<sup>39</sup> Comp. Pearson, *op. cit.*, p. 30.

<sup>40</sup> *Dictámenes*, 79: 87.

Una posibilidad darle alguna interpretación plausible a este artículo del decreto 7520, sería la de entender que cuando se requieren informes para un recurso jerárquico no es necesario seguir la vía jerárquica del Ministerio de la materia, y que, por ejemplo, el Secretario de Estado de Agricultura y Ganadería podría pedir directamente un informe a un Director General de la Secretaría de Estado de Obras Públicas; esto, que en ciencia de la administración se conoce como comunicación o contacto directo, es ciertamente buena práctica administrativa, aunque sea la administración pública argentina precisamente la que de hecho se caracteriza por un empeño absoluto en seguir la línea jerárquica... lo que contribuye notoriamente a su lentitud.<sup>41</sup>

### 25. b) Informe del Subsecretario de Estado

La segunda parte del artículo 10º dice que “Producidas las pruebas y presentados los informes y las alegaciones, el Subsecretario formulará en dictamen las conclusiones sobre el asunto.”

Por el recargo de tareas de tal funcionario, esta disposición no siempre suele cumplirse;<sup>42</sup> de hecho, el informe esencial en el recurso es el dictamen legal de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de cada Secretaría de Estado o Ministerio.<sup>43</sup> No se ha cuestionado hasta ahora la regularidad de esta práctica, pero pareciera que, existiendo una norma expresa que exige dicho informe o dictamen, y que es *jus receptum* en el derecho argentino que la omisión de algún trámite, consulta o dictamen sustancial vicia de nulidad el acto,<sup>44</sup> la omisión de cumplir con dicho requisito haría nulo el decreto respectivo.

<sup>41</sup> La ley española exige expresamente, como forma ineludible, el contacto directo, “sin que puedan admitirse traslados y reproducciones a través de órganos intermedios.” Afirma VIVANCOS, comentando la citada disposición: “Este artículo, tan sencillo y comprensible, es de una trascendencia enorme y constituye un paso decisivo hacia el logro de uno de los fines principales que la ley se propone: La rapidez. Ha sido, de siempre, uno de los mayores obstáculos opuestos a la agilidad y celeridad del procedimiento administrativo, la concurrencia del órgano intermedio cuyo papel se reduce a dar curso a un papel.” “La ley no limita la práctica de las comunicaciones directas a las que hayan de tener lugar entre órganos administrativos de un mismo Departamento, sino que las admite implícitamente entre órganos administrativos de distinto Departamento y rango.” (*Op. cit.*, p. 129.) Pero entendemos, en nuestro país, que no hace falta ley expresa para que la comunicación directa sea admisible.

<sup>42</sup> PEARSON, *op. cit.*, p. 31. Una excepción la constituyen los expedientes tramitados en la Secretaría de Estado de Marina.

<sup>43</sup> PEARSON, *op. loc. cit.*

<sup>44</sup> Ver nuestro *El acto administrativo*, p. 121; CNFed. CA., en *LL*, 91: 612; 93: 496.

26. c) *Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación*

El decreto también prevé la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación,<sup>45</sup> que es la Dirección General del Cuerpo de Abogados del Estado;<sup>46</sup> pero la práctica administrativa es que esta vista no sea automática, sino que se produzca sólo por disposición expresa y concreta, caso por caso, del Secretario, Ministro o Presidente de la Nación;<sup>47</sup> o excepcionalmente, con ciertas formalidades, por los Directores Generales de Asuntos Jurídicos.<sup>48</sup> Este pedido de dictamen se hace de oficio o a pedido del interesado, cuando hay alguna duda sobre la corrección de la solución propiciada o hay dictámenes contradictorios de distintos asesores.

Se ha interpretado que para que proceda la emisión de dictamen por el Procurador del Tesoro, se requiere por lo general: a) Que los organismo naturales de asesoramiento jurídico, dentro de cada Ministerio o Secretaría de Estado, hayan dictaminado sobre el problema de fondo, y que existan informes técnicos sobre la cuestión, en caso de ser oportunos;<sup>49</sup> b) que se trate de un caso concreto (no pues, de un planteo hipotético, abstracto), y que se agreguen las actuaciones originales en que se planteó la cuestión;<sup>50</sup> c) que soliciten el dictamen los funcionarios mencionados: Los demás organismos y funcionarios pueden elevar el expediente al Secretario de Estado competente solicitando se pida dictamen al Procurados, y si aquél lo considera conveniente, y se dan los dos elementos precitados, puede pedir el dictamen: Pero no los otros funcionarios directamente.<sup>51</sup>

Por último, es de destacar que las distintas delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado —es decir, las distintas asesorías letradas de la administración nacional centralizada y descentralizada— están obligas a seguir los criterios jurídicos de la Procuración del Tesoro, sin poder entrar en debate respecto a sus dictámenes; ello se funda en una razón de orden y de uniformidad administrativa.<sup>52</sup>

Además, la Procuración del Tesoro sólo en contados casos de excepción ha accedido a rever sus propios dictámenes a instancia de algún organismo o interesado: Ello ha ocurrido en los casos en que se había producido un cambio de situación esencial o habían surgido nuevos elementos de juicio cuya apreciación

<sup>45</sup> Art. 11: “En todo recurso jerárquico en que haya interés fiscal, se dará vista al Procurador del Tesoro.” Art. 12: “El Procurador del Tesoro dictaminará en las resoluciones condenatorias de la Contaduría General, contra las cuales se interponga recurso jerárquico, pero el recurrente deberá previamente efectuar el pago o consignación de acuerdo con lo establecido en el artículo 76 de la Ley de Contabilidad.” Este último artículo queda de hecho derogado con el nuevo sistema de ley de contabilidad, que prevé un procedimiento especial a cargo de Tribunal de Cuentas.

<sup>46</sup> Ley 12.954, arts. 2 y 4.

<sup>47</sup> *Dictámenes*, 80: 87 y 256; 82: 66, etc. Esta solución restrictiva deriva del decreto 15.546/43.

<sup>48</sup> *Dictámenes*, 83: 50, y otros. Ver decreto 34.952/47. art. 8º, inc. a.

<sup>49</sup> *Dictámenes*, 81: 21; 84: 105 bis. y otros.

<sup>50</sup> *Dictámenes*, 71; 199; 72: 17; 75: 14; 79: 141; 84: 34, etc.

<sup>51</sup> *Dictámenes*, 78: 107; 82: 66.

<sup>52</sup> *Dictámenes*, 77: 245; 78: 256; en sentido similar, BOSCH, JORGE TRISTÁN, “La institución del Attorney General en los EE.UU.,” en *LL*, 80: 913 y ss.

fuese necesaria para agotar el estudio de una cuestión;<sup>53</sup> ello no impide, por supuesto, las naturales variaciones de la orientación, por los cambios de opinión, o de funcionarios: Pero en general se ha mantenido con suma estabilidad toda la doctrina elaborada, y la que se sigue elaborando mantiene también, en sus líneas esenciales, dichas características.

#### 27. d) *Exigencia de dictamen jurídico*

Si bien no hay norma expresa que lo exija claramente, entendemos que el pronunciamiento de un asesor jurídico, respecto de la procedencia formal y material del recurso, es un trámite esencial que debe ineludiblemente ser cumplimentado; y consideramos que su omisión vicia de nulidad la decisión adoptada.<sup>54</sup> Trátese pues de dictamen de las Direcciones Generales de Asuntos Jurídicos, o de la Procuración del Tesoro de la Nación, lo cierto es que debe expedirse algún organismo técnico de asesoramiento jurídico respecto del problema planteado en el recurso; ello contribuye a la seriedad del recurso (pues evidentemente no es serio resolver un problema de derecho sin asesoramiento en derecho) y también a dar más cumplida satisfacción a la garantía de la defensa del administrado.

#### 28. 4º) *Memorial*

“Producida la prueba se dará vista al recurrente y a la autoridad administrativa interesada, para que presenten memorial, o para que aduzcan, por una sola vez, nuevos motivos en favor de la admisión del recurso o de su rechazo.”<sup>55</sup>

La presentación del memorial no está sujeta a formalidad determinada ni tampoco a término alguno,<sup>56</sup> por lo que será conveniente que el Secretario de Estado fije expresamente dicho término en oportunidad de decidir el traslado.

#### 29. *Decisión del recurso*

La decisión del recurso debe ser hecha en principio por decreto del Poder Ejecutivo, y sólo por excepción, en los asuntos que la ley o los decretos reservan a los ministros, y constituyen además cuestiones del orden interno de sus respectivos departamentos (artículo 89, C.N.), pueden ser decididos por resolución ministerial. Esto se aplica, según dijimos, sólo al caso de rechazo del recurso: pues tanto los ministros como los secretarios de Estado, por contralor de legitimidad sobre los actos de sus inferiores, pueden en todo momento dejar sin efecto el acto impugnado o de otro modo hacer lugar a lo solicitado por el recurrente.

Por ello, toda vez que se trate de rechazar el recurso, la decisión debe provenir necesariamente del Poder Ejecutivo, cuando se trate de las siguientes hipótesis:

<sup>53</sup> *Dictámenes*, 75: 289; 77: 207 y 245.

<sup>54</sup> Ver nuestro trabajo *El acto administrativo*, op. loc. cit.

<sup>55</sup> Decreto 7520/44, art. 8, segunda parte.

<sup>56</sup> BIELSA, op. cit., p. 130.

a) Que el recurrente sea u partículas, o un funcionario que no recurre en calidad de tal; b) que el acto impugnado no pertenezca a un órgano de la administración central sino a un ente descentralizado;<sup>57</sup> luego, sólo cuando el recurrente es un funcionario y éste cuestiona una medida de orden interno en la repartición, puede llegar a ser de aplicación la posibilidad de que el Ministro decida el recurso por sí.<sup>58</sup> En conclusión, las facultades del Ministro debe entenderse que son limitadas.<sup>59</sup>

### 30. Alcances de la decisión

En lo que respecta a los alcances de la decisión, ellos son amplios: El Poder Ejecutivo puede mantener el acto, revocarlo, modificarlo o sustituirlo por otro; puede a su vez adoptar cualesquiera de esas decisiones tanto por motivos de legitimidad como de simple oportunidad.

Además el decreto 7520 prevé que “Esta decisión será siempre ejecutoria y se notificará en el término de tres días, al recurrente y al órgano administrativo que deba hacerlo cumplir. El Poder Ejecutivo puede de oficio o a petición de parte, suspender o diferir la ejecución de la decisión, si un interés fundado de orden administrativo lo justifica.” Es de advertir que esta disposición no se refiere al efecto de la interposición del recurso, sino al efecto de la decisión final del recurso.

## II. Recurso jerárquico impropio

### 31. Concepto

Es aquel que se interpone ante el Poder Ejecutivo contra una decisión de las autoridades superiores de un ente descentralizado de la administración nacional. Se lo denomina “impropio” en cuanto el ente no está sometido *stricto sensu* a la jerarquía del Poder Ejecutivo; por eso algunos autores prefieren llamarlo “recurso de alzada.”<sup>60</sup>

Se rige en general por los mismos principios que el recurso jerárquico propio, existiendo muy pocas diferencias entre ambos.

### 32. Procedencia: a) Principio general

Se dice habitualmente que mientras que el recurso jerárquico propio procede siempre, salvo texto expreso en contrario, el impropio sólo procede cuando una norma expresamente lo acuerda.<sup>61</sup> Dicho criterio se funda en que si la ley de crea-

<sup>57</sup> En este caso, desde luego, se tratará de un recurso jerárquico impropio; en el mismo, además, el ministro no puede tampoco hacer lugar a lo solicitado, pues los entes descentralizados están sólo sometidos al Poder Ejecutivo.

<sup>58</sup> *Dictámenes*, 53: 322, 329 y 330; 68: 18 y 20 vta., y otros.

<sup>59</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 151: 288; *Dictámenes*, 66: 77.

<sup>60</sup> Así SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 474.

<sup>61</sup> *Dictámenes*, 38: 250; esta interpretación no es la vigente en la actualidad.

ción viene expresamente a quitar competencia al Poder Ejecutivo en determinado sector de la administración, se requiere texto expreso para poder interpretar excepciones a tal restricción de la competencia de la administración central.

Sin embargo, es de señalar que tal solución no parece ajustarse al derecho argentino, en que el principio constitucional de que el Presidente “es el jefe supremo de la Nación y tiene a su cargo la administración general del país,” da sustento para sostener que el contralor del Poder Ejecutivo sobre los entes autárquicos es de índole constitucional, por lo que no necesita que una norma expresamente lo acuerde para ser procedente; e incluso, puede ser procedente aunque una norma legislativa quiera expresamente excluirlo, si dicha exclusión constituye una irrazonable restricción de las facultades de contralor del Poder Ejecutivo.

En tales hipótesis, el Poder Ejecutivo puede ejercer su contralor no obstante la limitación legislativa,<sup>62</sup> tal lo que sucede con el decreto ley 10.775/56, que deniega el recurso jerárquico impropio ante el Poder Ejecutivo contra los actos del Consejo Superior Universitario, lo que ha sido considerado inconstitucional y no ha impedido que el Poder Ejecutivo se considere competente para entender de tal tipo de recursos.<sup>63</sup>

### 33. b) *Contra qué actos procede*

Vimos ya que el decreto 7520/44 excluye del recurso los actos en que el ente descentralizado hubiera actuado como “persona jurídica civil.” No es el caso retornar aquí a la crítica del citado concepto, que responde a una doctrina determinado, superada actualmente; baste recordar que por el sólo hecho de actuar una autoridad pública, el acto es administrativo, sin perjuicio de que parte del mismo (en el caso, su objeto) se halle regido por normas de derecho privado.<sup>64</sup>

Por ello, y porque en ese aspecto la restricción que establece el decreto es válida, el recurso es procedente en todo lo que se refiere a problemas de derecho público; no, en principio, en lo que se refiere al derecho privado. Pero esta última solución no debe tomarse muy a la letra, porque en la generalidad de los casos hay elementos de derecho público también en el objeto del acto, y el recurso es así procedente.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Respecto a la posibilidad de que el Poder Ejecutivo no ejecute una ley inconstitucional, ver nuestra *Introducción, op. cit.*, pp. 64-66, y *Estudios, op. cit.*, p. 70, en nota.

<sup>63</sup> Así *Dictámenes*, 73: 86; ver FIORINI, *op. cit.*, pp. 28 y ss., 37 y ss. A su vez MARIENHOFF, MIGUEL S., “Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o por decreto. Lo atiene a su constitucionalidad,” en *JA*, 1961-VI, p. 62, sec. doct., sostiene una tesis más radical: Que las entidades descentralizadas son totalmente inconstitucionales, y sólo pueden ser creadas por decreto, salvo casos especiales. En esta tesis es mucho mayor, desde luego, el contralor del Poder Ejecutivo. Respecto al caso de la Universidad ver también, en contra, SANGUINETTI, HORACIO, *Régimen administrativo de la Universidad*, Buenos Aires, 1963, p. 21.

<sup>64</sup> *Supra*, n° 8 y sus referencias. *Comp. Dictámenes*, 69: 146.

<sup>65</sup> Respecto de las relaciones y superposición del derecho administrativo y el derecho civil, ver nuestra *Introducción, op. cit.*, pp. 48 y 49.

### 34. c) *Motivos porque procede*

Mientras que el recurso jerárquico propio procede tanto por razones de legitimidad como de oportunidad, el impropio, *de acuerdo con la doctrina tradicional*, solamente por razones de legitimidad,<sup>66</sup> salvo que una norma expresa lo acuerde por razones de oportunidad.

Dentro de ese concepto, cabe dejar claramente sentado que el recurso procede no sólo en lo que se refiere al ejercicio de facultades regladas, sino también a los límites a las facultades discrecionales; y que la así llamada “discrecionalidad técnica,” no constituye en verdad una discrecionalidad irrevisible, sino el respeto a reglas de técnica, las que a su vez dependen de un criterio objetivo, técnico, no de oportunidad o mérito: Por ellos tales cuestiones técnicas integran el concepto de legitimidad y son revisibles por recurso jerárquico impropio, incluso dentro de la doctrina tradicional. Demostrado el error técnico de un acto, el mismo es ilegítimo y debe ser revocado por el Poder Ejecutivo.

### 35. *Legitimidad en sentido amplio*

Asimismo interesa precisar que, a diferencia de lo que en doctrina se sostiene por parte de algunos autores,<sup>67</sup> en el sentido de que el Poder Ejecutivo controlaría sólo ciertos aspectos de la legitimidad (por ejemplo, los referidos a la violación de normas establecidas específicamente para el ente de que se trate, o para toda la administración), no ha sido tampoco recibida en la práctica argentina, en que el contralor de legitimidad ha sido siempre pleno. Creemos, atendiendo a la realidad argentina (cuyas entidades descentralizadas por lo general actúan con excesiva libertad y discrecionalidad, existiendo un deficiente contralor administrativo y jurisdiccional sobre ellas, y ningún control legislativo), que es preferible por ahora mantener el criterio amplio de la revisión por ilegitimidad en el recurso jerárquico impropio.

### 36. *Oportunidad*

Por lo demás, la orientación administrativa ha vacilado recientemente, aceptándose incluso en un caso que el recurso jerárquico impropio procede por razones de oportunidad o mérito, aunque no haya norma que lo acuerde expresamente,<sup>68</sup> por lo que, aunque esta modificación de hecho no se haya mantenido, denota el criterio amplio con que debe procederse en el control por recurso jerárquico impropio.

<sup>66</sup> *Dictámenes*, 38: 250; 61: 252; 66: 236; 67: 3; 68: 149; 69: 125; 70: 52, 59, 165, 210, 226, 297, 337; 71: 89 y 161; 74: 405; 75: 23; HEREDIA, HORARIO H., *Contralor administración sobre los entes autárquicos*, Buenos Aires, 1952, p. 66 y ss., p. 99; comparar RODRÍGUEZ ARIAS, JULIO CÉSAR, *Relaciones de las entidades autárquicas con la administración central*, Mendoza, 1943, p. 42 y ss.

<sup>67</sup> FIORINI, *op. cit.*, p. 37.

<sup>68</sup> *Dictámenes*, 85: 98.

### 37. *Interposición del recurso*

Debe presentarse ante la Secretaría de Estado respectiva, pero si se lo presenta al mismo ente autárquico o empresa del Estado, el recurso debe no obstante ser elevado por éstos al Poder Ejecutivo. (*Supra*, cap. VI, n° 4.)

Tampoco es óbice a la procedencia del recurso la circunstancia de que previamente se haya solicitado revocatoria ante dicho organismo, siendo ésta innecesaria; en tal caso, el recurso de revocatoria vale como jerárquico y así debe ser tramitado, siempre que se haya presentado en término.<sup>69</sup>

### 38. *Decisión del recurso*

La decisión del recurso jerárquico impropio sólo puede ser hecha por el Poder Ejecutivo,<sup>70</sup> y los ministros y secretarios carecen de facultades no sólo para resolver el recurso por sí sino también para revocar de oficio el acto.<sup>71</sup>

### 39. *Alcances de la decisión. Reforma y sustitución del acto*

En cuanto a los alcances de la decisión, se ha sostenido que el Poder Ejecutivo sólo puede confirmar o revocar el acto del ente descentralizado, pero no modificarlo ni sustituirlo por otro.<sup>72</sup> Ello se basa a nuestro juicio en el mismo principio general que ha establecido la doctrina italiana como límite a este recurso: Que la entidad es creada por ley, y si la ley le confiere una competencia determinada para actuar, debe entenderse que esta competencia sólo podrá ser restringida o controlada por el Poder Ejecutivo en los casos expresamente contemplados por la ley, y ello con criterio restrictivo.<sup>73</sup> Pero ya vimos que en nuestro país el principio pareciera ser distinto (en virtud de las facultades constitucionales de control del Poder Ejecutivo) y por ello se ha entendido uniformemente en la práctica que el Poder Ejecutivo tiene facultades también para modificar o sustituir el acto del ente autárquico o empresa del Estado.<sup>74</sup>

Por lo demás, debe pensarse en la enorme dificultad práctica de aplicar el criterio de que el Poder Ejecutivo puede revocar pero no reformar ni sustituir el acto: Si un contratista reclama de una entidad autárquica que le pague \$ 100.000, y la entidad había resuelto pagarle \$ 80.000, interponiéndose el recurso contra este acto: ¿Qué va a hacer el Poder Ejecutivo, supuesto que el contratista tenga razón? ¿Revocar el acto? No puede, porque está bien que le haya reconocido esos \$ 80.000. ¿Confirmar el acto? Puede hacerlo, pero eso implica negarle al recurrente

<sup>69</sup> *Dictámenes*, 76: 76; 76: 183, etc.

<sup>70</sup> *Dictámenes*, 61: 52, y otros.

<sup>71</sup> *Dictámenes*, 53: 322; 66: 105; 75: 294, etc.

<sup>72</sup> HEREDIA, *op. cit.*, p. 112, y sus referencias de la doctrina italiana; FIORINI, *op. cit.*, p. 39, y su referencia a la doctrina italiana.

<sup>73</sup> HEREDIA, *op. loc. cit.*; FIORINI, *op. loc. cit.*

<sup>74</sup> Esa es la práctica administrativa tradicional. También en tal sentido LUQUI, JUAN CARLOS, *El recurso jerárquico*, en *JA*, 1944-II, p. 29, sec. doctr.

te que tiene razón en reclamar más, cuando en realidad aceptamos que en este caso la tenía. Obviamente, la única solución lógica y razonable es que *modifique* el acto, disponiendo que le paguen los \$ 100.000 que se estima le corresponden.

El ejemplo no es en modo alguno excepcional: Un 90 % de los recursos contra actos de las entidades descentralizadas terminan necesariamente, en la práctica, en la reforma o sustitución del acto (o, desde luego, la confirmación); son muy pocas las hipótesis en que un acto puede razonablemente ser anulado, y dejarse simplemente las cosas en ese estado. Ello ocurre por ejemplo en materia de licitaciones: Si un oferente que perdió la licitación impugna la adjudicación al ganador, el Poder Ejecutivo, si encuentra que tiene razón, revocará simplemente la adjudicación, pero no decidirá adjudicarle a él. Pero estos casos son excepcionales, y la regla es que sea necesario proceder a la reforma o sustitución del acto. Por ello consideramos, en definitiva, que el citado criterio no sólo no se adecúa al sistema constitucional argentino, sino que además es impracticable en la realidad.