

CAPÍTULO XVII

EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Ezequiel Cassagne

*"Los publicistas argentinos deben poner los principios
encima de los hombres y no viceversa"*
(Juan Bautista Alberdi).

SUMARIO: I. El procedimiento administrativo.- II. Los principios en el procedimiento administrativo.- III. El principio de razonabilidad.- IV. El debido procedimiento previo como garantía del acto razonable.- V. El control previo de razonabilidad por parte del servicio jurídico en el procedimiento administrativo.- A. *El dictamen jurídico y el control de la razonabilidad.*- B. *El consejo jurídico frente a la ley inconstitucional.*- VI. El procedimiento razonable.- A. *El debido proceso adjetivo como procedimiento razonable.*- B. *Los plazos razonables en el procedimiento.*- C. *Sobre la regla del agotamiento de la vía administrativa.*

I. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En la Argentina, ya se han cumplido cuarenta años desde la sanción de la ley nacional de procedimientos administrativos, en el año 1972. Antes de su sanción, si bien regía un reglamento que había organizado el recurso jerárquico, no existían pautas que regularan la iniciación, ordenación, instrucción y terminación de los procedimientos administrativos, ni los conflictos de competencia entre los órganos administrativos, y mucho menos teníamos normas de derecho de fondo sobre los actos y reglamentos administrativos (1).

La importancia de la regulación del procedimiento administrativo radica en que constituye una herramienta tendiente a satisfacer el

(1) Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, p. 4, La Ley, Prov. Bs. As., 2009.

bien común, siendo una garantía formal a favor de los administrados que le aseguran el poder de reacción frente a los actos perjudiciales a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, y un importante factor de autocontrol por parte de la Administración en el respeto de la legalidad y razonabilidad (2).

Sesín afirma, con acierto, que el procedimiento administrativo tiene la finalidad de hacer aplicar "no sólo el orden jurídico garantizando los derechos e intereses de los administrados, sino que esencialmente pretende salvaguardar el interés público" (3).

En rigor, el procedimiento administrativo es el sistema jurídico a través del cual se despliega la función administrativa, y por el cual se conectan ordenadamente una multiplicidad de actos que están llamados a cumplir funciones concretas (4). Hutchinson -cuya ley de procedimientos comentada acompaña desde su primera edición a estudiantes, profesionales y juristas- nos define al procedimiento administrativo como la "sucesión ordenada de actos y tareas materiales y técnicas cumplidas por o ante los órganos administrativos, tendientes al ejercicio de la función administrativa" o simplemente como "la secuencia de actos y formalidades tendientes al dictado o a la ejecución de un acto administrativo" (5).

No obstante ello, no debe verse al procedimiento administrativo únicamente como un cauce formal, sino que, como sostiene Sánchez, es mucho más que eso, siendo un "instrumento de gobierno", un "instrumento de control", y una "medida elocuente del grado de cumplimiento de la ley" (6).

En cuanto garantía de los administrados, López Rodó señala que "el procedimiento administrativo no es tan sólo una pauta a

(2) Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, p.4, 10ª ed. act., La Ley, Prov. Bs. As., 2011.

(3) Cfr. SESÍN, DOMINGO, *El procedimiento administrativo en Córdoba*, p. 475, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, RAP, Buenos Aires, 1998.

(4) Cfr. SAMMARTINO, PATRICIO M., *Procedimiento Administrativo, Juridicidad e Interés Público*, p. 46, en AA.VV., *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2006.

(5) HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, p. 33, Astrea, 6ª ed. act., Bs. As., 2002.

(6) Cfr. SÁNCHEZ, ALBERTO, *Exigencia de la justificación de las causas de la inacción procedimental*, p. 234, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, RAP, Buenos Aires, 1998.

seguir por las Administraciones Públicas para ordenar la sucesión de actuaciones y plazos que conducen a la adopción de una resolución administrativa, sino que también y principalmente, constituye una garantía de los administrados para que puedan hacer valer sus derechos e intereses frente a la administración" (7).

Ahora bien, con relación a su estructura, Cassagne sostiene, siguiendo a los destacados juristas españoles Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández y Jesús González Pérez, que "el procedimiento administrativo no es un acto complejo sino un complejo de actos, cada uno de los cuales tiene una vinculación jurídica propia, sin perjuicio de hallarse relacionados con los demás actos con los cuales tiene una vinculación común en mérito a la obtención de la finalidad de interés público que persigue la Administración" (8).

Desde luego que no hay un único procedimiento administrativo. Existen procedimientos generales y especiales. También existen procedimientos nacionales, provinciales y municipales. Sin perjuicio de ello, entre los distintos tipos de procedimientos administrativos, podemos distinguir los meros procedimientos de formación de actos, los procedimientos impugnatorios o reclamatorios, y a aquellos que se refieren a procesos de control. Todos estos casos se conforman con una cantidad determinada de actos preparatorios tendientes a la elaboración de actos de alcance particular o general con efectos jurídicos directos hacia los administrados, e incluso interorgánicos o interadministrativos, orientados a concretar la finalidad de interés público de la conducta estatal.

II. LOS PRINCIPIOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Los principios son criterios fundamentales que orientan y determinan el sentido de justicia de las normas. En rigor, se trata de proposiciones jurídicas o directivas, que no requieren de un desarrollo

(7) LÓPEZ RODÓ, LAUREANO, *El Procedimiento Administrativo, garantía de los administrados*, p. 17, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Ponencias del IV encuentro Hispano-argentino sobre Derecho Administrativo, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994.

(8) Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, p. 37, La Ley, Prov. Bs. As., 2009, con citas a GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, ps. 368-369, 2ª ed, Civitas, Madrid, 1981, y GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Procedimiento Administrativo*, p. 75, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2002.

normativo. Mientras que las normas tienen una cierta estructura lógica, los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que requiere siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, a través de su incorporación al derecho positivo o, en su aplicación al caso concreto (9).

Pero, ¿de dónde provienen los principios, dónde se encuentran? Marienhoff aclara esta pregunta obligada, al explicar que los principios provienen simultáneamente de los preceptos básicos del derecho romano, del derecho natural, del derecho de gentes, de la moral y del ordenamiento general del país respectivo (10).

Desde luego, el eterno debate que en las distintas tribunas de pensamiento filosófico y jurídico se genera entre los iusnaturalistas y los positivistas, excede este trabajo. No obstante ello, consideramos importante señalar que participamos de la opinión de quienes entienden que los principios que derivan de la dignidad humana rigen sin necesidad de su reconocimiento por el derecho positivo (11).

Asimismo, compartimos la posición de Cassagne, para quien los principios generales del derecho, aun los que no hayan tenido recepción legislativa, tienen primacía tanto sobre las normas legales, como sobre la costumbre y la jurisprudencia (12).

En rigor, los principios generales del derecho son la causa y fundamento de todo ordenamiento jurídico, en la medida en que constituyen los soportes de los mismos. En este entendimiento, García de Enterría y Fernández describen dichos principios como nódulos

(9) Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, p. 28/29, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

(10) Cfr. MARIENHOFF, MIGUEL, S. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 295, LexisNexis, Bs. As., 2003. Por su parte, Bidart Campos sostiene que "en el derecho constitucional argentino, creemos que buena parte de los principios generales que él anida, derivan del valor justicia o derecho natural", en BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 73, EDIAR, Buenos Aires, 1986.

(11) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *La dignidad de la persona*, p. 83, Civitas, Madrid, 1986; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, p. 37, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, Cfr. MARIENHOFF, MIGUEL, S. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 295, LexisNexis, Bs. As., 2003. DURÁN MARTÍNEZ, AUGUSTO, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, p. 84, La Ley, Buenos Aires, 2012.

(12) Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, p. 64, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

de condensación de valores ético-sociales y centros de organización del régimen positivo de las instituciones. Estos reconocidos autores españoles explican, a su vez, que "son estos principios los que sostienen y animan un ordenamiento, los que evitan su agotamiento en un simple juego autónomo de simples conexiones formales, los que explican, justifican y miden cada una de las reglas preceptivas finales y les prestan todo su sentido, a través de su inserción en el conjunto ordinamental" (13).

Como recuerda Coviello, la doctrina francesa y la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés tienen el mérito de haber señalado la importancia de los principios generales del derecho como informadores del Derecho Administrativo, constituyéndose estos criterios de justicia en la fuente no escrita más importante de la legalidad, a la que el juez debe recurrir para someter a la Administración a los principios esenciales del orden jurídico (14).

En la Argentina, la recepción de los principios generales del derecho por el Derecho Administrativo reconoce, como sucede en la mayoría de los países, orígenes diversos, dado que, aparte del origen natural que tienen, se encuentran reconocidos en la Constitución Nacional, muchos de manera expresa, y otros en cambio de forma implícita, como consecuencia de uno de los objetivos principales que los representantes del pueblo se fijaron en el propio preámbulo de la Carta Magna, que consiste en afianzar la justicia. A su vez, muchos principios aplicables a nuestro ordenamiento público están expresamente reconocidos en el Derecho Privado, especialmente en el Código Civil, en el Derecho Internacional y en las propias instituciones del Derecho Administrativo.

Para Cassagne, existen principios fundamentales, y otros denominados institucionales o sectoriales. Los primeros serían aquellos "que constituyen el basamento en que se asienta y fundamenta el ordenamiento positivo en general, hallándose, la mayoría de ellos, incorporados a la Constitución Nacional", mientras que los principios institucionales constituyen la clave de toda institución a partir de su

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, p. 84, 10ª ed., Civitas, Madrid, 2000.

(14) Cfr. COVIELLO, PEDRO, *Los principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo argentino*, en AA.VV., *Documentación Administrativa*, t. I, ps. 97-98, INAP, Madrid, 2004.

idea organizativa. Para este autor, esta segunda clase de principios adquiere una importancia mayúscula en el campo del Derecho Administrativo, en la medida en que al carecer nuestra disciplina pública de tipificaciones adecuadas, se abre la perspectiva de la creación jurídica para alcanzar una justa respuesta a las situaciones concretas, sobre la articulación de los valores superiores con la experiencia (15).

En la mayoría de los países iberoamericanos reconocemos los mismos principios generales del derecho, y su aplicación al Derecho Administrativo, de manera que compartimos los principios jurídicos del procedimiento administrativo. Es así que encontramos los principios de transparencia, publicidad, motivación, amplia defensa, legalidad, imparcialidad, oficialidad, realidad, razonabilidad, celeridad, economía, confianza legítima y buena fe, entre otros. La importancia de estos principios juega un papel fundamental en el desarrollo de los procedimientos administrativos, con independencia de la eventual consagración expresa en las distintas constituciones o normas.

Nuestra ley nacional de Procedimientos Administrativos prescribe en su primer capítulo la aplicación de numerosos principios que deberán regir y respetarse en los procedimientos que realice la Administración pública nacional y sus entes descentralizados. Al respecto, coincidimos con Sacristán, para quien estos principios expresamente reconocidos en la ley son básicos, razón por la cual son también de aplicación aquellos que surgen del resto del ordenamiento jurídico (16). En el mismo sentido, Hutchinson entiende que "el hecho de que otros principios no hayan sido mencionados expresamente no significa que no sean aplicables. Justamente por ser principios son conceptos de validez general. Así, por ejemplo, el principio de legalidad está ínsito en todo el proceder de la Administración y fluye implícitamente en varias normas de la LNPA y su reglamento. No hacía falta, pues, la mención expresa" (17). Es que en realidad, como dijimos antes, los principios no sólo son aplicables

(15) Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, ps. 38-39, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

(16) Cfr. SACRISTÁN, ESTELA, *Principios Generales del Procedimiento Administrativo argentino*, en AA.VV., Documentación Administrativa, t. I, p. 262, INAP, Madrid, 2004.

(17) HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, p. 53, 6ª ed. act., Astrea, Bs. As., 2002.

aun cuando no sean reconocidos explícitamente en las normas, sino que, además, tienen primacía sobre éstas.

III. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Juan Francisco Linares ha sostenido, en su célebre estudio sobre la razonabilidad de las leyes, que el principio de razonabilidad se funda en el artículo 28 de nuestra Constitución Nacional que dice: "los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores capítulos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten sus ejercicio" (18).

Este precepto constitucional también da sustento a la prohibición de arbitrariedad de la conducta administrativa, en la medida en que, si bien aparece concebida para las leyes, resulta extensiva a todos los actos de los distintos poderes públicos (19). La doctrina vincula al principio de razonabilidad con el criterio de justicia, siendo por ende razonables aquellas leyes u actos con fundamento en justicia (20).

Es así que desde la óptica del derecho constitucional, Sola señala que "uno de los principios que orienta al Estado contemporáneo es el de que los actos estatales no deben sólo emanar de una autoridad política elegida por el pueblo y ser resultado de procedimientos preestablecidos: los actos practicados en nombre de un Estado democrático de Derecho, también, además de ser legítimos (...) deben reflejar los valores e intereses de la población" (21). Precisamente, la legitimidad de los actos abarca tanto la legalidad como la razonabilidad -o justicia- de los mismos (22).

(18) Cfr. LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes*, p. 165, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1970.

(19) Cfr. CASSAGNE JUAN CARLOS, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, ps. 198 y 201, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

(20) Cfr. LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes*, p. 108, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1970; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, p. 93, La Ley, Prov. Bs. As., 2009; LUQUI, ROBERTO, *Revisión Judicial de la actividad administrativa*, t. I, p. 221, Astrea, Buenos Aires, 2005.

(21) SOLA, JUAN VICENTE, *Control Judicial de Constitucionalidad*, p. 579, 2ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

(22) Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ps. 85/86, La Ley, Prov. Bs. As., 2009, y CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, p. 3, 10ª ed. act., La Ley, Prov. Bs. As., 2011.

Linares Quintana, quien considera que toda actividad estatal para ser constitucional debe ser razonable, explica que "lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dice el sentido común" (23).

Por su parte, Bidart Campos advierte que "no cabe duda de que es difícil definir, o siquiera conceptuar, qué es razonable. Alguien puede pensar que se trata nada más que de una pura apreciación subjetiva. Sin embargo, aunque la cuestión sea sutil, resulta susceptible de una estimación objetiva. En primer lugar, la razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia que nos muestra lo que se ajusta o no es conforme a justicia, lo que tiene razón suficiente... En segundo lugar, el sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hace posible vivenciar la razonabilidad y su opuesto, la arbitrariedad" (24).

Sagüés distingue tres exámenes de control de razonabilidad que pueden realizarse a las normas y a los actos administrativos. El primero consiste en un test de razonabilidad normativa, en el cual se deberá analizar la coherencia de éstos con la norma constitucional; el segundo es un análisis de razonabilidad técnica, esto es, que exista una apropiada adecuación entre los fines de la ley y los medios para lograrlos y, finalmente, un test de razonabilidad axiológica, que apunta valorar su sentido de justicia (25).

Nuestra Corte Suprema de la Nación ha puntualizado que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen las facultades de la Administración el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado (26). En el mismo sentido, Gordillo afirma que "es claro que el jurista, juez, funcionario o tribunal administrativo no necesita ni debe someterse ciegamente a la racionalidad irracional de la norma burocrática: él debe aplicar el supremo principio de

(23) LINARES QUINTANA, SEGUNDO, V., *Tratado de Interpretación Constitucional*, p. 559, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

(24) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, ps. 200/201, Buenos Aires, 1972.

(25) SAGÜÉS, NÉSTOR, P., *Elementos de Derecho Constitucional*, ps. 700/701, 2º ed., Astrea, Buenos Aires, 1997.

(26) *Fallos* 298:223.

Derecho de la razonabilidad, por encima de toda norma que resulte arbitraria por excesiva o irreal" (27).

El principio de razonabilidad resulta ser, entonces, un principio cardinal de nuestro Estado de Derecho. A nuestro juicio, no debe confundírsele con el principio de proporcionalidad, aunque en algunas oportunidades en nuestro medio se utilicen de manera indistinta. En un trabajo sobre este tema, Coviello considera que la proporcionalidad forma parte de la razonabilidad. Para este autor, "para calificar como razonable a una norma o a un acto, es necesario estudiar si hay una proporción entre el fin y el medio elegido. La proporcionalidad es así el patrón para medir el respectivo balance y arribar al juicio de razonabilidad" (28). Si bien coincidimos con esta apreciación, debemos aclarar que no siempre que exista proporcionalidad habrá razonabilidad, en la medida en que este último principio es superior a la relación medio-fin propia de la proporcionalidad, y responde, como hemos visto, a un criterio de justicia (29).

El principio de razonabilidad es, a nuestro juicio, no sólo un principio fundamental, sino el principio rector del Derecho, que emana en forma directa del principio madre, que es la dignidad humana, y cuya finalidad consiste en orientar a todo el ordenamiento jurídico, incluso también a los demás principios generales del Derecho. En este entendimiento, el principio de razonabilidad se encuentra presente en los principios fundamentales del procedimiento administrativo, como ser, por ejemplo, el debido proceso adjetivo o el principio de legalidad, reconocidos en forma expresa en la Constitución Nacional, como así también en los principios propios del instituto procedimental, tal el caso del principio de la verdad material (30),

(27) GORDILLO, AGUSTÍN, *Las fuentes del Derecho Administrativo Argentino*, t. I, p. 43, en AA.VV., Documentación Administrativa, INAP, Madrid, 2004.

(28) Cfr. COVIELLO, PEDRO, *El Principio de razonabilidad (¿o proporcionalidad?) en el Derecho Público Argentino*, p. 144, en REDA, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Marzo/Junio, 2011.

(29) Cfr. CASSAGNE JUAN CARLOS, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, p. 202, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

(30) Señala Tawil que "el principio de verdad material o verdad jurídica objetiva "presupone que corresponde a los entes u órganos estatales llamados a resolver en el proceso la carga de verificar la efectiva existencia de los hechos (la *quaestio facti*) y el derecho en cuestión (la *quaestio iuris*)", en TAWIL, GUIDO, *El principio de verdad material en el procedimiento administrativo*, p. 117, AA.VV. "Procedimiento administrativo, Tawil, Guido (director), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

que impone a la Administración el deber de procurar esa verdad, vinculándose por ello con el principio de legitimidad, que abarca la legalidad y la razonabilidad.

Otro tanto ocurre con el principio de oficialidad -impulsión e instrucción de oficio-, toda vez que este principio es una derivación, en primer lugar, del principio de legitimidad y, en un plano inmediatamente inferior, del de verdad material (31). Asimismo, los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia también se derivan del principio de razonabilidad. En efecto, como señala Hutchinson, "el dato tiempo ha sido fundamental en el escenario de lo justo; constituye un factor de gran importancia en los actos del procedimiento, pues su eficacia depende de que se los ejecute en el momento oportuno" (32).

IV. EL DEBIDO PROCEDIMIENTO PREVIO COMO GARANTÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO RAZONABLE

La ley nacional de Procedimientos Administrativos prescribe en forma expresa que el procedimiento es un requisito esencial de todo acto administrativo. En efecto, el artículo 7º, inciso d) de la ley nacional de Procedimientos Administrativos -LNPA- (33) señala que antes de la emisión de un acto administrativo "deben cumplirse con los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos".

El debido procedimiento previo a todo acto y, por ende, el respeto a las formas establecidas, implica no sólo una garantía frente al Administrado, sino también persigue garantizar la juridicidad del obrar administrativo y, de esta manera, alcanzar el interés público comprometido.

(31) Cfr. TAWIL, GUIDO, *El principio de verdad material en el procedimiento*, p. 118, AA.VV., Procedimiento Administrativo, Abeledo Perrot, 2009.

(32) HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, p. 53, 6º ed. act., Astrea, Bs. As., 2002.

(33) Ley 19.549.

Este concepto, propio de un Estado de Derecho, abarca también al principio del "debido proceso adjetivo", que constituye una manifestación especial de aquél (34), e importa una expresión de la garantía de derecho de defensa consagrada en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, y de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 8º de la Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en los artículos 2º, inc. 3, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todos con jerarquía constitucional conforme lo establece expresamente nuestra propia carta fundamental (artículo 75, inciso 22).

El principio del debido proceso adjetivo, enunciado y descripto en el artículo 1º, inciso f), apartados 1, 2 y 3 de la LNPA, comprende el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, y sobre todo, el derecho a obtener una decisión fundada (35). Y aunque no lo diga

(34) Cfr. COMADIRA, JULIO, R. y MONTI LAURA, *Procedimientos Administrativos - Ley Nacional de Procedimientos Administrativos anotada y comentada*, ps. 62/63, La Ley, Buenos Aires, 2002.

(35) Artículo 1º, inciso f, ley 19.549. El derecho a ser oído implica la posibilidad de exponer las razones de las pretensiones y defensas de los particulares antes de la emisión de los actos que se refieran a sus derechos, mediante la interposición de recursos o reclamos. Se trata del derecho civil de peticionar ante las autoridades, reconocido expresamente en la Constitución Nacional (artículo 14), y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que al igual que los convenios internacionales antes referidos, tiene jerarquía constitucional (artículo 24). Para el ejercicio de ese derecho, es también importante y necesario el reconocimiento del derecho a ofrecer y producir en el expediente administrativo la prueba pertinente. El debido proceso adjetivo no se agota con la posibilidad cierta de ser oído y producir prueba, sino que requiere para su cumplimiento que la Administración decida en forma fundada la cuestión propuesta, debiendo considerar los principales argumentos expuestos por el particular, en tanto fueren conducentes para resolver el caso. Es importante aclarar que si bien el deber impuesto es de considerar sólo los argumentos principales expuestos, la decisión fundada debe decidir todas las peticiones formuladas por el particular, dado que de lo contrario podrían configurarse auténticas hipótesis de indefensión. Esta obligación ha sido expresamente considerada en el artículo 7º, inc. c, de la LNPA, que dispone como requisito esencial del acto administrativo que su objeto sea cierto y decida todas las peticiones formuladas, aunque claro está también pueda involucrar otras cuestiones no propuestas por el administrado. El deber de emitir una decisión administrativa fundada encuentra también su cimiento en la obligación de que todo acto contenga una motivación donde se exprese en forma concreta las razones que inducen a emitir dicho acto, sustentándose en los antecedentes de hecho y de derecho que le sirvieron de causa. En este entendimiento, una decisión que debe resolver una petición de un particular deberá valorar -y expresar- como antecedentes los hechos y el derecho

expresamente la ley, va de suyo que también comprende la publicidad de las actuaciones (36).

Ahora bien, el debido procedimiento previo a todo acto administrativo es más genérico, y apunta directamente a la legalidad y razonabilidad de la función administrativa. Como destaca Fiorini, "el debido procedimiento administrativo es toda la actividad administrativa y el debido proceso adjetivo que menciona la ley es una sección del mismo; el primero tiende a la justicia de muchos otros bienes en especial, mientras el segundo se refiere a derechos particulares" (37).

La decisión fundada no es propiedad exclusiva del principio del debido proceso adjetivo, en el que participa el administrado, ni tampoco se vincula exclusivamente con la motivación que deben tener los actos administrativos. En rigor, las decisiones fundadas son el resultado de toda conducta legítima de la Administración. En este entendimiento, es necesario el debido procedimiento previo a la formación de la voluntad estatal, a los fines de garantizar, o por lo menos incentivar, esa conducta ajustada a derecho que, por cierto, deberá ser explicada a la ciudadanía por medio de la expresión clara de los antecedentes de hecho y de derecho que sirvieron de causa a ese acto, permitiendo de este modo conocer la finalidad buscada (38). Como aclara Coviello, cuando se hace referencia al derecho a una decisión fundada, "con ello no es que sólo nos estamos refiriendo a la motivación del acto administrativo como elemento esencial de él. Antes bien, ello apunta a algo más elevado: la forma republicana de gobierno o sana democracia significa que los poderes públicos -todos- deben dar razón de sus decisiones" (39).

aplicable, así como también las peticiones del administrado. Cfr. CASSAGNE EZEQUIEL, *El control de la inactividad formal de la Administración*, La Ley, 19-5-2010 y, del mismo autor, *El amparo por mora de la Administración*, La Ley 8-9-2010.

(36) Cfr. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, p. 279, LexisNexis, Bs. As., 2003.

(37) FIORINI, BARTOLOMÉ, *Derecho Administrativo*, p. 457, 2º ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976.

(38) Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, p. 250, La Ley, Prov. Bs. As., 2009. Ver HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, p. 89, 7º ed. act., Astrea, Bs. As., 2003.

(39) COVIELLO, PEDRO, *El Debido Procedimiento Adjetivo y el Procedimiento Administrativo*, p. 608, en AA.VV., *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2006.

En cualquiera de sus manifestaciones, el procedimiento administrativo constituye un instrumento de control de la legitimidad (que incluye legalidad y razonabilidad o justicia) y del buen acierto de los actos administrativos con relación al interés público que debe alcanzarse (oportunidad, mérito o conveniencia) (40). Como precisa el reconocido jurista alemán Schmidt-Assmann, "el procedimiento administrativo actual no se centra sólo ni exclusivamente en posibilitar el control posterior, ante una segunda instancia, de las decisiones administrativas una vez adoptadas. Se trata, más bien, de condicionar *a priori* el modo en que se toman las decisiones administrativas. Lo que se intenta es que la administración prepare con cuidado sus decisiones" (41).

En tal entendimiento, y como ya se ha señalado, la LNPA establece como requisitos esenciales de los actos administrativos "*a los procedimientos esenciales y sustanciales, y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico*". Al respecto, la primera impresión resulta ser que la propia ley abre un importante marco de apreciación respecto de la determinación de la condición de "esencial" de un procedimiento determinado. Lo mismo ocurre con el deber de seguir los procedimientos implícitos del ordenamiento jurídico. Sin embargo, no es menos cierto que el debido procedimiento previo que prevé la normativa es tan amplio que abarca, con una intencionalidad evidente, todas las reglas de procedimiento contempladas en las leyes especiales y generales para los casos previstos en esas normas, e incluso los principios generales del derecho que se aplican al campo de los procedimientos administrativos.

De esta manera, por ejemplo, no hay dudas de que siempre deberán seguirse los procedimientos de selección de contratistas previstos en las normativas de contrataciones si el Estado Nacional o sus órganos descentralizados pretenden contratar una obra, un bien, o un servicio (42). Otro tanto ocurre en materia sancionatoria

(40) Cfr., CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, p. 3, 10º ed. act., La Ley, Prov. Bs. As., 2011. Ver también MUÑOZ, GUILLERMO ANDRÉS, *Reflexiones en torno a los abogados del Estado*, p. 485, en Muñoz.-Grecco, Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo, AD-Hoc, Buenos Aires, 1999.

(41) SCHMIDT-ASSMANN EBERHARD, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 361, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003.

(42) Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha declarado nulo de nulidad absoluta un contrato celebrado sin licitación previa, cuando ese procedimiento era requerido por ley. Ver al respecto: Fallos 310:2278.

o en los procedimientos recursivos, donde deberán respetarse los cauces formales previstos para sus finalidades, así como también deberá respetarse, en estos casos, el debido proceso adjetivo, con la posibilidad cierta de que el particular pueda ser oído, ofrezca y produzca prueba, y obtenga luego una decisión fundada (43). A su vez, existen procedimientos de participación ciudadana, como el de la audiencia pública, que deben respetarse cuando el ordenamiento así lo requiere (44), y aun en los casos en que no se exija un procedimiento determinado, si están en juego los intereses de los consumidores y usuarios de servicios públicos, debe implementarse algún procedimiento tendiente a que puedan participar en el debate

(43) Cfr. Fallos 295:728, de fecha 02/09/1976. En este precedente, la Corte Suprema declaró la nulidad de una sanción disciplinaria en virtud de haber sido dictada con menoscabo del derecho de defensa, toda vez que *"la naturaleza de la potestad disciplinaria exige que las sanciones de mayor gravedad sean aplicadas sobre la base del respeto a los principios del debido proceso, para lo cual es menester contar con adecuada oportunidad de audiencia y prueba"*.

(44) Por ejemplo, los artículos 73 y 74 de la ley 24.065 en el caso del sector eléctrico; los artículos 67 y 68 de la ley 24.076 en el caso del servicio público del gas; y el artículo 30 del decreto 1185/1990 en el caso del servicio de telecomunicaciones. Cfr. FONROUGE, MÁXIMO, *Las audiencias Públicas*, p. 183, REDA, N° 24/26, LexisNexis. Dicho autor sostiene que *"la realización del procedimiento de AP no es de carácter obligatorio, a menos que así se encuentre establecido legal o reglamentariamente. Sin perjuicio de ello, cabe considerar cuál sería la consecuencia de no llevar a cabo el procedimiento de AP en los casos en que sea preceptiva su convocatoria. Al respecto, entendemos que la no realización de la AP en tales supuestos determinaría la nulidad absoluta del acto o reglamento que se emita en esas condiciones, por configurarse una violación en el elemento forma del acto al no haberse cumplido con los procedimientos esenciales previstos para la emisión del mismo"*. Ver también CASSAGNE, JUAN CARLOS, *La participación pública en el control de los servicios públicos*, p. 13, en RAP, núm. 250. Para Gordillo, en cambio, las audiencias públicas en materia de Servicios Públicos son siempre obligatorias. Ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, p. X-12, Bs. As., 1998. Sin embargo, la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo, en el caso "Youssefian", que *"la audiencia pública (...) constituye uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos contemplados en el art. 42 de la Constitución Nacional. Ello pues, la realización de dicha audiencia no sólo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder, sino que resulta una vía con la que puede contar aquél para ejercer su derecho de participación, en los términos previstos en la citada norma constitucional, antes de una decisión trascendente"*, en "Youssefian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones", LA LEY 1998-D, p. 710 y sigtes. Cfr. también CASSAGNE, EZEQUIEL, *Algunas cuestiones jurídicas controvertidas en la renegociación de los contratos públicos*, 2004, publicado en www.cassagne.com.ar.

previo a la decisión administrativa de alcance general, conforme lo prescribe el art. 42 de la Constitución Nacional (45).

Como lo ha sintetizado Canda, *"el procedimiento previo al acto no puede ser cualquier procedimiento sino el "debido", y ello es así porque sólo siguiéndose el procedimiento debido se verán garantizados el derecho de defensa y el dictado de un acto administrativo justo"* (46).

Ahora bien, es sabido que los autores del proyecto de la LNPA, Dres. Héctor Escola, Adalberto Cozzi y Carlos Young, manifestaron, en la propia Exposición de Motivos de la ley, que siguieron para el Título III de dicha norma las opiniones expuestas por el Dr. Marienhoff en su tomo II de su Tratado de Derecho Administrativo, en materia de acto administrativo. Sin embargo, en dicha obra el autor no reconoce en forma expresa al procedimiento como un elemento esencial del acto, razón por la cual cabe efectuar ciertas precisiones al respecto.

Para Marienhoff, el acto administrativo tiene elementos esenciales y accidentales. Entre los primeros ubica al sujeto, la causa, el objeto, la forma, la finalidad y la moralidad (47). Los elementos accidentales o eventuales son, en cambio, los que pueden o no existir en un acto administrativo, sin que su falta o ausencia influyan en la validez y eficacia del acto, como ser el término, el modo o la condición (48). Sentado lo anterior, resulta importante aclarar que este autor comparte el criterio amplio que debe dársele al elemento forma, sostenido por autores tales como Garrido Falla, Fernández

(45) El artículo 42 de la Constitución Nacional, incorporado con motivo de la reforma del año 1994, dispone, en lo pertinente, que *"la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control"*. Esta cláusula es operativa. Así lo ha interpretado la jurisprudencia en los casos en que le ha tocado pronunciarse sobre el asunto. Cfr. CNFed. Contencioso Administrativo, sala IV, caso "Youssefian" antes citado; y sentencia dictada el 23 de febrero de 1999 en "Unión de Usuarios y Consumidores c. Secretaría de Transporte y otros", LA LEY 1999-E, pp. 211 y ss.

(46) CANDA, FABIÁN, *El debido Proceso Adjetivo. La llamada Teoría de la Subsanción*, p. 150, AA.VV., en Tawil Guido (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Abeledo Perrot, 2009.

(47) Cfr. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, p. 255, LexisNexis, Bs. As., 2003.

(48) Cfr. MARIENHOFF, MIGUEL S., ob. cit., p. 318.

de Velasco y Fiorini, que no sólo contempla la forma que debe observarse al emitir el acto, que exterioriza la voluntad administrativa, sino también al conjunto de formalidades o requisitos que deben respetarse para llegar a emitir el acto (49). Según Marienhoff, estas formalidades, que incluye en el elemento forma, constituyen una parte del procedimiento administrativo, y su omisión dará lugar a un vicio de forma, que acarreará la nulidad de dicho acto. Para el reconocido autor, esta cuestión no debería generar mayores interrogantes, dado que "en derecho administrativo, cuando una forma es exigida o requerida, tal forma es esencial. En todo acto formal la forma es esencial. Su observancia o respeto es fundamental para la validez del acto" (50). Por lo contrario, si la forma no estuviere establecida de manera indispensable para la emisión de un acto, ella sería "no esencial" y su inobservancia no viciaría el acto (51).

El debido procedimiento previo es, en rigor, una garantía del acto razonable. Es claro que no todo procedimiento previo culminará en actos razonables, pues esa razonabilidad sustantiva se determinará en el objeto del acto, y en su finalidad (52), pero es casi una seguri-

(49) Cfr. GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 450, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960; FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, R. *El acto administrativo*, p. 196; FIORINI, BARTOLOMÉ, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 336, La Ley. Bs. As. 1968.

(50) Ver MARIENHOFF, MIGUEL S., ob. cit. p. 304. No obstante ello, el reconocido profesor aclara que hay casos en que la inobservancia de la forma establecida no acarrea la nulidad del acto, como ser: 1) cuando se hubiere observado otra forma más rigurosa y hubiere contribuido a mantener la idoneidad del acto, 2) cuando no se trate en rigor de una inobservancia sino más bien de una mera irregularidad, 3) cuando la inobservancia se relacione con la eficacia del acto y no con su validez (cuando no se hubiere cumplido con la notificación, por ejemplo), 4) cuando no obstante la omisión de la forma, el acto haya alcanzado el objeto a que estaba destinado, o 5) cuando se trate del incumplimiento de formalidades meramente burocráticas. Ver MARIENHOFF, MIGUEL S., ob. cit. p. 306. Compartimos con el autor las aclaraciones señaladas, salvo la cuarta, dado que en nuestra opinión su aplicación puede conducir a la inobservancia absoluta de las formas esenciales y, por ende, a su negación misma.

(51) Cfr. MARIENHOFF, MIGUEL S., ob. cit., p. 484. El autor señala que "En los casos de duda acerca del alcance de una forma establecida o requerida por la norma, ha de estarse por el carácter esencial de ella, pues con tal exigencia el Estado abríase apartado del principio de libertad formal del acto administrativo, exigencia que lógicamente debe atribuírsele un significado o alcance concreto".

(52) La LNPA aclara, cuando hace referencia a la finalidad del acto administrativo, que las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad. Véase art. 7º, inc. f, de la LNPA.

dad que sin la observancia de los procedimientos previos, los actos irrazonables serán la regla en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante lo expuesto respecto de los procedimientos esenciales y sustanciales, la LNPA se preocupa de exigir en forma expresa que, sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, debe considerarse esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pueda afectar derechos subjetivos o intereses legítimos. En tal sentido, independientemente del procedimiento administrativo que deba seguirse en cada caso particular, siempre deberá producirse el dictamen jurídico al que alude la normativa general, antes de la emisión de un acto administrativo, si se llegaren a afectar tales derechos e intereses (53). Aquí se encuentra el principal control de razonabilidad que ofrece el procedimiento administrativo, que por su importancia merece su estudio detenido.

V. EL CONTROL PREVIO DE RAZONABILIDAD POR PARTE DEL SERVICIO JURÍDICO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A. El dictamen jurídico y el control de la razonabilidad

Teniendo en cuenta que toda actividad administrativa debe ser legítima -legal y razonable-, y por eso realizarse de acuerdo a normas legales y principios de derecho, resulta de vital importancia

(53) Barra sostiene, en una posición que compartimos, que "si el dictamen jurídico es esencial cuando se hallen comprometidos derechos de terceros, esto es así porque en el contenido de la decisión, en su elemento causa, se encuentra la aplicación o interpretación de una norma jurídica. De la misma manera, entonces, el dictamen consultivo tendrá la calidad de parte necesariamente integrante del procedimiento cuando la decisión consista en -y contenga en su causa- la aplicación de un mecanismo, o de una solución o de un procedimiento que involucre, con el mismo grado de compromiso que en el caso jurídico, cualquier ciencia, técnica o rama especial del arte o conocimiento, profesión u oficio especializado, naturalmente utilizando como fuente de producción un organismo de la Administración con el debido *expertise*, o, a falta de ello, recurriendo a los servicios de terceros ajenos a la propia Administración, contratados al efecto. Esta solución está prevista por el art. 7º d, LPA, cuando prescribe que, antes de la emisión del acto, deberán cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico". Ver BARRA, RODOLFO, *Administración y Actividad Consultiva*, p. 537, en AA.VV., *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, RAP, Bs. As., 2006.

institucional la función consultiva en derecho previa a la toma de decisiones por parte de la Administración activa.

Por tal motivo, la LNPA prescribe en forma expresa que el dictamen "proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico" es un requisito esencial del acto administrativo cuando este último "pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos" (54).

En primer lugar, hay que destacar, como bien señala Muratorio, que "el dictamen jurídico que reviste el carácter de elemento esencial del acto administrativo, en los términos del art. 7º inc. d) de la LPA y de los arts. 61, 92 y 98 del RNPA, es el que proviene del "servicio jurídico permanente", esto es, de la Dirección de Asuntos Jurídicos o Legales o asesorías letradas o legales que se encuentren en la Administración centralizada o descentralizada, como delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado en los términos de la ley 19.549 y su decreto reglamentario, sin perjuicio de que se puedan producir en el expediente -a juicio del órgano decisor- otros dictámenes técnicos, jurídicos o de aplicación de otras ciencias" (55).

Ello se desprende en forma clara de la letra de la propia ley. Y así lo entiende la Procuración del Tesoro de la Nación, quien tiene decidido no intervenir en casos en que no se hayan expedido con anterioridad los servicios permanentes (56).

Es interesante observar que la LNPA establece la obligatoriedad del dictamen jurídico cuando los actos administrativos que luego se llegaren a dictar "pudieren afectar derechos subjetivos o intereses legítimos". Dada la distinción que efectúa la propia normativa, resulta necesario analizar estos dos conceptos conocidos por la doctrina. Al respecto, Cassagne precisa, siguiendo la postura clásica, que el derecho subjetivo es un poder jurídico otorgado por el ordenamiento legal a una persona, que se vincula a una actual y concreta relación con una cosa o sujeto determinados, circunscripto al orden patrimonial. A su vez, el autor explica que el interés legítimo es una categoría

(54) Art. 7º de la ley 19.549.

(55) Cfr. MURATORIO, JORGE, *El dictamen jurídico en la Administración Pública*, ps. 544/45, Revista de Derecho Administrativo, Año 14, LexisNexis, 2002.

(56) *Dictámenes* 164:434, 255:390, 259:388. Ello también surge de lo dispuesto en el art. 5º de la ley 12.954.

distinta, que importa un poder de reacción a favor del administrado que se encuentra en una situación especial frente a un reglamento o acto concreto (57) -agregamos-, cierto o eventual.

En rigor, el término interés público fue acuñado en Italia, a partir de la reforma judicial de 1889, que atribuyó a los Tribunales ordinarios la protección de los derechos subjetivos, y al Consejo de Estado la tutela de los intereses en el ámbito del derecho administrativo, luego calificados por la doctrina italiana como intereses legítimos. En Francia, en cambio, ya a principios del siglo XIX el Consejo de Estado Francés comenzaba a reconocer un recurso por exceso de poder -*excès de pouvoir*-, que a partir de su status legislativo en el año 1872, dejó de ser una mera denuncia para convertirse en un verdadero proceso por medio del cual se asegura el cumplimiento de la ley por la Administración Pública. Si bien la mayor parte de la doctrina francesa lo considera un recurso objetivo, donde no se valoran derechos subjetivos sino la legalidad de la conducta administrativa, en este particular sistema de protección francés se le exige al recurrente un interés directo y personal en el asunto, que por cierto luego se reconduce al interés de la buena administración (58).

No obstante lo expuesto, compartimos la postura de los autores españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, quienes sostienen que los llamados intereses legítimos son verdaderos derechos subjetivos, en la especie reaccionales o impugnatorios, dado que cuando el particular ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal, "el ordenamiento, en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de Derecho como garantía de la libertad, le apodera con un

(57) Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, ps. 503 y sigtes., 10ª ed., La Ley, Prov. Bs. As., 2011. Para este autor, la potestad también es un poder jurídico, pero genérico, no debiéndose confundir con el derecho subjetivo que consiste en un poder concreto que se refiere a un sujeto determinado o cosa particular.

(58) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO y FERNÁNDEZ TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, p. 39 y sigtes., 7ª ed., Civitas, Madrid, 2000. Estos autores reconocen, a su vez, que las últimas reformas legislativas en el contencioso francés tienden a aproximar el recurso por exceso de poder al de plena jurisdicción, admitiéndose también, por ende, las condenas de hacer a la Administración propias de este último proceso.

derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses" (59).

Ahora bien, en nuestra opinión, el dictamen jurídico debería ser obligatorio y previo a todo acto administrativo, con independencia de si llegare a afectar derechos e intereses de los particulares, en la medida en que la función consultiva en derecho, como hemos dicho antes, no sólo importa una garantía frente al administrado, sino que representa una garantía y control de la legalidad y razonabilidad administrativa. La legalidad y razonabilidad no deben respetarse únicamente cuando se estimare que pudieren afectarse derechos de terceros, sino que debe primar en toda conducta administrativa, de modo que el dictamen consultivo en derecho, que orienta esa conducta legal, resulta a nuestro criterio siempre obligatorio, como procedimiento implícito en el ordenamiento jurídico para aquellos actos administrativos que, incluso, *prima facie*, no llegaren a afectar derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados.

Siendo el dictamen jurídico previo un análisis de las circunstancias fácticas del caso y de las consideraciones jurídicas aplicables, resultan excluidas las cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia (60), las cuestiones políticas (61), las fácticas que no pueda apreciar un servicio jurídico (62) y, por supuesto, las cuestiones técnicas que correspondan a otras ciencias o artes (63). No obstante ello, el análisis jurídico debe comprender necesariamente también el análisis de la razonabilidad de los actos a dictarse. En tal sentido, Muratorio nos recuerda que "por razonable se entiende lo justo, proporcionado y equitativo, requiere la concurrencia de un fin pú-

(59) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO y FERNÁNDEZ TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, p. 50, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2000. Los autores sostienen que "ese derecho subjetivo se revela en la atribución por el ordenamiento de una acción impugnatoria, cuya titularidad y consiguiente disponibilidad ostenta a partir de ese momento plenamente. Que del ejercicio de esta acción dirigida a la protección y restauración de su círculo vital injustamente perturbado, puedan derivarse consecuencias (beneficiosas o perjudiciales) para terceros como consecuencia de la trascendencia de la actuación administrativa eliminada, resulta accidental. La acción y, consiguientemente, el derecho, no están dirigidos a purificar por razones objetivas la actuación administrativa, sino la defensa de los propios intereses".

(60) *Dictámenes* 105:120, 125:273, 172:036, 249:585, 248:308, entre varios.

(61) *Dictámenes* 234:235.

(62) Cfr. *Dictámenes* 206:364, 207:578 y 217:244, entre varios.

(63) *Dictámenes* 204:47, 207:508, 222:157 y 236:375, entre otros.

blico, circunstancias justificadas, adecuación del medio elegido al fin propuesto y ausencia de inequidad manifiesta" (64).

Tomás Ramón Fernández manifiesta, de manera acertada, que "es sencillamente imposible dar un solo paso en el debate jurídico sin acudir a la idea de lo razonable, sin manejar la lógica de lo razonable" (65). Coincide nuestra doctrina vernácula, al sostener -como lo hace Cassagne- que el criterio central del razonamiento jurídico "no se concibe entonces como una operación deductiva apreciada únicamente conforme el principio de legalidad, sin ocuparse de su carácter justo, razonable o aceptable" (66).

Precisamente, la legitimidad de los actos abarca tanto la legalidad, como la razonabilidad o justicia de los mismos (67), siendo necesario, entonces, el análisis jurídico de ambos presupuestos. En efecto, el análisis de la razonabilidad de los actos administrativos que debe efectuar el asesor jurídico, resulta sumamente importante frente a las potestades discrecionales de la Administración o cuando nos encontramos de cara a los famosos "conceptos jurídicos indeterminados".

En primer lugar, es importante distinguir entre potestades regladas de la administración, y potestades discrecionales. Al respecto, la actividad reglada reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa, debiendo aplicar lo que la propia ley también ha determinado (68). En cambio, la facultad discrecional requiere la necesidad de una valoración subjetiva de la propia Administración, al permitirle elegir entre una o más alternativas válidas, igualmente justas desde la perspectiva del Derecho (69).

(64) Cfr. MURATORIO, JORGE, *El dictamen jurídico en la Administración Pública*, p. 553, Revista de Derecho Administrativo, Año 14, LexisNexis, 2002.

(65) FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *De la Arbitrariedad de la Administración*, p. 216, Civitas, Madrid, 1994.

(66) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, p. 189, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

(67) Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, p. 119, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

(68) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO y FERNÁNDEZ TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, p. 444, 8ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

(69) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO y FERNÁNDEZ TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, p. 444, 8ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

Precisamente, siendo que las alternativas deben ser justas, el dictaminante debe analizar esa justicia, esa razonabilidad. Y si bien –como sostiene Muñoz Machado– “la actuación discrecional consiste en definir con libertad lo que son intereses generales, o lo que conviene para la mejor satisfacción de los intereses generales ya definidos por el legislador sin concretar totalmente las políticas que ha de seguir la Administración para atenderlos eficazmente” (70), lo cierto es que esta actividad discrecional debe ajustarse a derecho, o sea, ser justa, equitativa y razonable, dado que, aunque de más está decirlo, en modo alguno el ordenamiento jurídico tolera actos arbitrarios –injustos e irrazonables– (71).

La Corte Suprema ha reiterado, en un pronunciamiento reciente, que “la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad –constituida por la legalidad y la razonabilidad– con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos

(70) Cfr. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I, p. 519, 1ª ed., Thompson Civitas, Madrid, 2004. Por su parte, Balbín señala que “la actuación discrecional del Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones no es un espacio enteramente privilegiado porque éste no puede resolver libremente en términos absolutos sino de acuerdo con el marco normativo que reconoce comúnmente un grado de libertad, pero, insistimos, dentro de ciertos límites. Claro que en el marco de las potestades regladas el arbitrio estatal es mucho menor o, según el caso, casi inexistente”, en BALBÍN, CARLOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 806, La Ley, Prov. Bs. As., 2011.

(71) Al respecto, Schmidt-Assmann sostiene que “la Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada. Estos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones –sobre todo cuando se trata de normas de programación final–, se recogen expresamente en aquélla en forma de directrices para el ejercicio del poder discrecional atribuido. A estos parámetros se unen los de la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad, así como los cada vez más precisos mandatos establecidos en el Derecho de la Unión Europea”, en SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 221, Madrid, INAP–Marcial Pons, 2003.

del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias” (72).

En efecto, el principio de interdicción de la arbitrariedad administrativa posee fundamento constitucional, dado que el art. 19 de nuestra Constitución Nacional establece que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”, siendo aplicable a los funcionarios públicos, quienes tienen prohibido, por tal motivo, emitir actos administrativos contrarios a las leyes positivas, a la razón o a la justicia. Por otra parte, la prescripción contenida en el art. 28 de nuestra Carta Magna, que estatuye que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, también da sustento a la prohibición de arbitrariedad, en la medida en que, como ya hemos dicho, si bien aparece concebida para las leyes, resulta extensiva a todos los actos de los distintos poderes públicos (73). Finalmente, el derecho a la igualdad, consagrado en el art. 16 de nuestra Constitución, veda las conductas arbitrarias puntuales.

Por otra parte, el análisis jurídico que se efectúe en el dictamen también deberá valorar cada concepto jurídico indeterminado que resulte aplicable al caso. Si bien reconocemos que no resulta una tarea sencilla de afrontar, dado que éstos presentan una estructura compleja, lo cierto es que no admiten más que una solución justa en cada caso determinado (74). En tal sentido, no debe confundirse la actividad discrecional con la técnica de interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, aunque en muchas oportunidades estas dos técnicas se presenten en forma conjunta. Con relación a

(72) CSJN, en “Silva Tamayo Gustavo Eduardo c/ EN – Sindicatura General de la Nación – Resol. 58/03 459/03 s/ empleo público”. sentencia del 27/12/2011. Ver también *Fallos*: 307:639 y 320:2509. A su vez, es interesante el desarrollo que la Corte hace sobre el ejercicio de facultades discrecionales en materia de asignación de publicidad oficial, en la famosa causa “Editorial Río Negro” (*Fallos*: 320:1191) y en la causa “Perfil”, esta última in re “Perfil c/Estado Nacional s/ amparo”, CSJN, sentencia del 2 de marzo de 2011. En ambos precedentes se establece que, aunque la selección de los medios de prensa para efectuar la pauta oficial trasunta una facultad discrecional, no puede ser ejercida en forma arbitraria.

(73) Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, ps. 198 y 201, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

(74) Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, p. 185, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

estos últimos, Grecco explica que "es compartible hoy sin mayor esfuerzo la idea de que las estructuras normativas encuéntrase constituidas de tal forma que los jueces y también los funcionarios administrativos no pueden fundamentar sus decisiones a través de la mera aplicación del mecanismo lógico de la subsunción en conceptos jurídicos fijos, cuyo contenido pueda ser descubierto mediante simples parámetros interpretativos, sin que, contrariamente, sea imprescindible, en mayor o menor grado, una cierta valoración autónoma (...) conceptos tales como *idoneidad* o *reconocida aptitud*, *medidas necesarias*, *integridad moral* o *deshonestidad intelectual*, *perjuicio importante* o *retraso sensible*, *razonable rentabilidad*, *real jerarquía*, *necesidad anormal*, *urgente*, *imperiosa* o *súbita*, no toleran su encuadramiento automático dentro del esquema prevenido por la norma" (75).

En este entendimiento, García de Enterría y Fernández sostienen que tales conceptos jurídicos indeterminados –como ser, para dichos autores, por ejemplo, *necesidad pública*, *interés público*, *medidas proporcionales*, *justo precio*, *orden público*– no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino una sola solución para cada caso, que resulta de la valoración de las circunstancias reales determinadas, siendo en principio, un proceso reglado "que se agota con el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional" (76).

Puede presentarse, por lo tanto, un concepto jurídico indeterminado que deba valorarse –y aplicarse– a un caso concreto, sin que se encuentre autorizada la libertad de elección propia de la actividad discrecional (77). Va de suyo que esta valoración, al igual que ocurre

(75) GRECCO, CARLOS MANUEL, *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa*, p. 727, en MUÑOZ – GRECCO, Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo, AD-Hoc, Buenos Aires, 1999.

(76) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, ps. 450/518, Civitas, Madrid, 1997.

(77) Sesín señala que "el concepto jurídico indeterminado sólo presupone en su concreción una solución justa, es fácil inferir que se opone contundentemente a la discrecionalidad, cuya esencia es la libertad de elección entre varias alternativas igualmente válidas", en SESÍN, DOMINGO J., *Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica*, p. 182, 2º ed, LexisNexis, Bs. As., 2004.

con la alternativa elegida que resulta de la decisión discrecional, debe efectuarse de manera razonable y lógica. En definitiva, dicha valoración es una apreciación jurídica que debe encuadrarse dentro del ordenamiento vigente, integrado, por supuesto, también por los principios generales del Derecho (78), razón por la cual no puede escapar del análisis que debe contener el dictamen jurídico obligatorio.

El interés público constituye la finalidad última de toda función estatal, que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia (79), y en este entendimiento, el dictamen jurídico previo contribuye a la emisión de actos justos y razonables. En este punto, vale la pena aclarar que el interés público no debe ser aquél perseguido por una administración en particular, sino el de toda la comunidad (80).

B. El consejo jurídico frente a la ley inconstitucional

Ahora bien, siendo el dictamen un análisis de una situación concreta y jurídicamente determinada, efectuada a la luz de las normas vigentes y de los principios generales que las informan, resulta im-

(78) Cfr. SESÍN, DOMINGO J., *Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica*, p. 340, 2º ed., LexisNexis, Bs. As., 2004.

(79) Cfr. BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 180, La Ley, Bs. As., 1964; CASSAGNE JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 60, 7º ed., LexisNexis, Prov. de Bs. As., 2002.

(80) Ver CASSAGNE, EZEQUIEL, *Las medidas cautelares contra la Administración*, t. II, p. 369, en AA.VV., *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, La Ley, Bs. As., 2011. Al respecto, Escola sostiene que "en ciertas ocasiones, sobre todo en regímenes políticos de sustancia totalitaria, se suele hablar del interés público "del pueblo", como una totalidad ideal, o de un interés público que es definido y precisado por el gobierno, por la administración pública, por el Estado, por el partido gobernante, por el monarca, o por el Jefe de Gobierno, conductor o líder de turno ... podrá darse la presencia de un interés, en cuanto se trata y consiste en una cosa o un bien a los que se considera valiosos, y que son queridos y pretendidos por quien los propone y define. Pero nunca podrá sostenerse, con propiedad, que ese interés sea un interés público, pues faltará esa coincidencia mayoritaria de intereses individuales que es la que otorga aquel carácter. Podrá hablarse, entonces, de un interés del Estado, del partido, del gobierno, de la administración pública, etc. Pero no de un interés público, condición que no adquiriría ni aun cuando ese interés, al que no se ha trepido en llamar a veces superior, pudiera ser impuesto coactivamente a toda la comunidad: es que el interés público es sólo el resultado de querer voluntaria y libremente formulados, y nunca impuestos forzadamente a los componentes de la comunidad..." en ESCOLA HÉCTOR J., *El Interés Público*, ps. 240/41, Depalma, Buenos Aires, 1989.

portante precisar qué ocurre cuando las leyes vigentes son, a juicio del dictaminante, inconstitucionales.

En primer término, es incuestionable que la Administración debe someter su conducta a la ley y al Derecho, por imperio de la concepción de la separación de poderes propio de nuestro esquema republicano de gobierno, y del principio de legalidad propio del Estado de Derecho, que en nuestro ordenamiento reconoce la supremacía constitucional (81). A su vez, como aclara Cassagne, "la mención al Derecho no constituye una fórmula aislada que prescribe la vinculación a la ley positiva, pues la Administración se encuentra también vinculada a los principios generales del Derecho" (82).

En tal entendimiento, la interpretación que el dictaminante deba hacer de las distintas normas jurídicas –como ser leyes y reglamentos– deberá realizarse siempre conforme a la Constitución, los Tratados Internacionales y los principios Generales del Derecho. Si en este análisis, el asesor jurídico no encuentra una interpretación adecuada a este ordenamiento, no puede, bajo ningún motivo, apartarse del mismo y avanzar en la aplicación de una ley, reglamento o acto administrativo que repugne de manera evidente los principios de legalidad y razonabilidad de nuestro Estado de Derecho.

De esta forma, si en su análisis el servicio jurídico permanente reconoce la existencia de un reglamento nulo, de nulidad absoluta, por ser contrario a la Constitución, los Tratados internacionales o los principios Generales del Derecho –entre los cuales se encuentra la razonabilidad–, no debe aconsejar su aplicación mediante actos administrativos, sino más bien su inmediata revocación por razones de ilegitimidad (83), aun a pesar de que el mismo se haya fundado

(81) Cfr. art. 31 CN.

(82) Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, p. 48, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009. No obstante ello, el autor sostiene que "como la mayoría, si no la casi totalidad de los principios generales que se vinculan con el principio de legalidad, tienen su anclaje positivo, expreso o implícito, en textos constitucionales, no puede plantearse duda alguna acerca de su prevalencia sobre las leyes y reglamentos, en atención a la jerarquía de ley suprema que posee la Constitución (art. 31 CN)".

(83) Los reglamentos administrativos son actos esencialmente revocables. Al respecto, el art. 83 del RLNPA establece que "los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las

en ley formal. Lo mismo debería ocurrir si la aplicación a un caso concreto de un reglamento resulta a todas luces inconstitucional. En este último supuesto, también deberá recomendarse su revocación, dada la imposibilidad de la Administración de derogar de manera singular dicho reglamento (84).

A su vez, si el dictamen se produce en el procedimiento de formación de ese reglamento, deberá en estos casos aconsejar que no se dicte el mismo y, de ser posible, la corrección del proyecto a los fines de encuadrarlo a Derecho. De igual manera, el dictaminante mediante su consejo también deberá intentar impedir el dictado –o ejecución– de actos administrativos nulos (85) o inconstitucionales, no obstante éstos estuvieren de acuerdo con reglamentos o leyes positivas o, peor aún, sean consecuencia directa del mandato de las mismas, si estas fueren manifiestamente inconstitucionales.

Por cierto, es evidente que el Poder Ejecutivo no puede derogar ni declarar la inconstitucionalidad de las leyes (86), siendo una atribución propia del Poder Judicial (87). A su vez, también es verdad que el poder Ejecutivo está obligado a ejecutar y cumplir las leyes (88). No obstante ello, el Poder Ejecutivo tiene la atribución –como ha destacado Marienhoff desde la doctrina y desde su función de Procurador del Tesoro de la Nación– de no aplicar una ley que considera manifiestamente inconstitucional (89).

normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos a los administrados".

(84) Cassagne sostiene que "la Administración no puede derogar singularmente, por un acto administrativo, un reglamento, ya fuere éste de ejecución, delegado, autónomo o de necesidad o urgencia (...) ya que ello violaría la garantía de la igualdad ante la ley", en CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, ps. 550/51, 10ª ed., La Ley, Prov. Bs. As., 2011.

(85) Téngase en cuenta que el art. 17 de la LNPA prescribe que "El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad".

(86) Ver arts. 1º, 44, 99 inc. 2, 108, 109 y 116 de la C.N.

(87) Ver arts. 116 y 117 de la C.N.

(88) Ver arts. 1º, 31, 99 inc. 2 de la C.N.

(89) Cfr. *Dictámenes* 84:102; MARIENHOFF, MIGUEL. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 430, LexisNexis, Bs. As., 2003.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha reconocido esta facultad en casos en que es manifiesta e indudable la violación por parte del Congreso de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo, y también cuando existen declaraciones de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (90), e incluso en casos donde se han pronunciado en ese sentido instancias inferiores de la justicia (91). También lo ha reconocido cuando la violación constitucional aparece de un modo indudable y manifiesto (92).

La Corte Suprema, por el contrario, ha dicho en más de un precedente que, en estos casos, no corresponde al Poder Ejecutivo ejercer el control de constitucionalidad de una norma, actividad propia del Poder Judicial, y cualquier declaración de inconstitucionalidad que se realice en el seno de la Administración constituye una "indebida asunción de facultades judiciales" (93).

No obstante lo expuesto por el Alto Tribunal, compartimos el criterio sostenido por Marienhoff, y por otros muchos juristas, toda vez que, como explica Bidart Campos, los órganos de la administración están obligados a respetar la supremacía constitucional cada vez que ejercen sus competencias, y si bien este autor reconoce que no pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pueden en casos excepcionales dejar de cumplir normas o actos que vulneren en forma grosera y obvia la Constitución (94).

(90) Cfr. *Dictámenes* 159:83, 168:28, 168:282, 192:144, 236:25, 251:339, entre otros.

(91) Cfr. *Dictámenes* 101:87, 192:144, 251:339 y 186:140.

(92) Cfr. *Dictámenes* 239:285, 250:52 y 251:224, 207:037, 239:285.

(93) CSJN, *Fallos*, 269:243, 298:511 y 311:460, entre otros.

(94) Cfr. BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 102, ed. EDIAR, 1986; Sagüés coincide con esta postura, dado que entiende que "si la inconstitucionalidad de una ley es grosera y obvia, el Poder Ejecutivo debe reputarla contraria a la Ley Suprema, e inaplicarla", en SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Derecho-Procesal Constitucional, Recurso extraordinario*, t. I, p. 240, 4ª ed., Astrea, 2002; Cfr. BIDEgain, CARLOS M., *El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro*, en "120 años de la Procuración del Tesoro. 1863-1983", PTN, 1983. En su ya clásica obra "Introducción al Derecho Administrativo, de 1962, Gordillo sostenía que el Poder Ejecutivo podía y debía apartarse de la legislación sólo cuando la inconstitucionalidad de la misma se encontrare razonablemente demostrada. No obstante ello, años después el autor ha cambiado su criterio, ya que en la actualidad sostiene que la Administración no puede incumplir la ley inconstitucional. En las últimas ediciones de su "Tratado de Derecho Administrativo", Gordillo ha manifestado que su cambio de opinión es consecuencia de la posición que luego han adoptado Marienhoff y Bidart Campos,

Por tal motivo, coincidimos con Urrutigoity en cuanto señala que "aceptada la juridicidad y supremacía de las normas constitucionales, que vinculan a todos los órganos de gobierno y habitantes en forma más fuerte de lo que pudiera hacerlo otra fuente del derecho positivo, ninguna duda puede caber de que, para no incurrir en supuestos de responsabilidad, más importante que la obediencia a la ley es la obediencia a la Constitución" (95), que surge, además, en forma expresa del principio de supremacía constitucional que consagra el art. 31 de la Constitución Nacional.

Comadira, al estudiar la posición de la Administración frente a las leyes inconstitucionales, señala que "no se puede marginar al Poder Ejecutivo de la función de proveer él también a la protección de la vigencia suprema de los valores contenidos en la Constitución nacional, cuando el plexo axiológico en ella recogido es afectado, ostensiblemente, por una disposición legal" (96). Para dicho autor, esa función, ínsita en cuanto compete a la Administración la gestión del bien común, "requiere el reconocimiento de la potestad de no aplicar, es decir, no ejecutar, las normas legales respecto de las cuales existan razones suficientes como para considerar fundadamente cuestionada su constitucionalidad" (97).

Conviene aclarar que la atribución de no aplicar una ley que se considera inconstitucional es excepcional, y debe realizarse con la mayor prudencia posible, en la medida en que la obligación primaria del Poder Ejecutivo es cumplir la ley, en virtud del principio de división de poderes, que hace a la esencia de nuestro régimen constitucional (98). Por tal motivo, de ser posible, siempre debe in-

a quienes considera "tradicionalmente partidarios de la extensión de las facultades ejecutivas", advirtiendo, sin entrar en consideraciones, que su criterio expuesto en el año 1962 ha sido utilizado por dichos autores de modo "cesarista". Cfr. GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al Derecho Administrativo*, p. 64 y sigtes, 1ª ed., Perrot, Bs. As., 1962; y del mismo autor, *Tratado de Derecho Administrativo*, ps. VII-14/15 y VII-24, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 2009.

(95) URRUTIGOITY, JAVIER, *Consideraciones sobre el principio de juridicidad de la Administración y sus fuentes, a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales*, p. 332, en *Derecho Administrativo* (Obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff), dirigida por Cassagne, Juan Carlos, AA.VV., Abeledo Perrot, 1998.

(96) COMADIRA, JULIO, *La posición de la Administración pública ante la ley inconstitucional*, p. 161, *Revista de Derecho Administrativo* N°1, Año 1, Abeledo Perrot, 1989.

(97) COMADIRA, JULIO, ob. cit., p. 161.

(98) Cfr. *Dictámenes* 239:285, 250:52, 251:224, 254:277, 176:116.

tentarse armonizar la ley con la Constitución Nacional, deber que por supuesto también es propio de los jueces (99).

Por otra parte, no debe confundirse la inconstitucionalidad manifiesta y grosera de una norma, que como hemos visto permite al Poder Ejecutivo no aplicarla, con la categoría, reconocida por la propia Corte Suprema de la Nación, de leyes que se presumen inconstitucionales, siendo estas últimas una categoría especial, en la cual se destacan los siguientes casos: a) Distinciones normativas basadas en categorías sospechosas, como ser la nacionalidad y el sexo de las personas, b) normas que violentan la libertad de expresión y c) Disposiciones que imponen el pago de una deuda ajena (100). Desde ya que en estos casos de presunción de inconstitucionalidad de leyes, el deber del Poder Ejecutivo de no aplicarlas es aún mayor, y evidente, debiendo asimismo procurar su inmediata derogación legislativa mediante el impulso del correspondiente proyecto de ley que derogue la norma inconstitucional, y en los casos particulares, propiciar la declaración judicial de inconstitucionalidad hasta tanto no haya sido derogada, a pesar de no aplicarla, en la medida en que, como señala Sammartino en un trabajo reciente, "la inobservancia razonada de la ley presuntamente inconstitucional, es la observancia de la Constitución y de los derechos fundamentales que ella reconoce" (101).

Siguiendo los lineamientos expuestos, el asesor jurídico debe analizar en su dictamen la constitucionalidad de las leyes que sirven de fundamento de los actos y reglamentos objeto de su estudio, pues al hacerlo estará analizando la constitucionalidad de estos últimos, debiendo aconsejar, como hemos dicho, su anulación, derogación o, según fuere el caso, su no dictado, si éstos repugnan de manera manifiesta el ordenamiento legal, que reconoce la supremacía

(99) Cfr. CSJN Fallos 112:63, 209:337, 245:552, 264:364, entre muchos otros. Ver URRUTIGOITY, JAVIER, *Consideraciones sobre el principio de juridicidad de la Administración y sus fuentes, a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales*, p. 335, en *Derecho Administrativo* (Obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff), dirigida por Cassagne, Juan Carlos, AA.VV., Abeledo Perrot, 1998.

(100) Cfr. BUTELER, ALFONSO, *Presunción de inconstitucionalidad y derecho administrativo*, p. 705 y sigtes., LA LEY 2011-C.

(101) SAMMARTINO PATRICIO, *El Principio de Competencia en el Estado Constitucional de Derecho Contemporáneo. Alcance y límites*, p. 278, en AA.VV., *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*, RAP, Bs. As., 2012.

constitucional, la fuerza legal de los tratados internacionales por encima de las leyes positivas, y el profundo respeto por los principios generales del Derecho.

VI. EL PROCEDIMIENTO RAZONABLE

Si entendemos, como lo hace Linares Quintana, que lo razonable es lo que dice el sentido común, o sea, conforme a la razón, a la justicia, la moderación, proporcionalidad y prudencia (102), entonces podremos analizar en cada caso concreto si estamos en presencia de un procedimiento administrativo razonable o no.

A. El debido proceso adjetivo como procedimiento razonable

Como hemos expuesto al comienzo de este trabajo, el principio del debido proceso adjetivo, enunciado y descripto en el artículo 1º, inciso f), apartados 1, 2 y 3 de la LNPA, comprende el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, y sobre todo, el derecho a obtener una decisión fundada. Y aunque no lo diga expresamente la ley, va de suyo que también comprende la publicidad de las actuaciones (103).

Por su parte, el principio de razonabilidad, siendo un principio rector del Derecho –que emana en forma directa del principio de la dignidad humana–, se encuentra presente en los principios fundamentales del procedimiento administrativo, como el caso del debido proceso adjetivo, reconocido en forma expresa en el art. 18 de la Constitución Nacional.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha dicho, hace ya algunos años, que "el debido proceso –en que el particular toma adecuada noticia de las actuaciones, pudiendo hacerse oír, producir y ofrecer prueba conducente y obtener una decisión fundada– constituye un requerimiento formal de razonabilidad del actuar administrativo, así como derivación del artículo 9º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires" (104).

(102) Ver nota 17 de este trabajo.

(103) Cfr. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, p. 279, LexisNexis, Bs. As., 2003.

(104) SCBA, B-47.416, del 27/10/1981, "Avícola San Miguel SCA c/ Municipalidad de General Sarmiento s/ Demanda contencioso administrativa".

De esta forma, por ejemplo, un procedimiento sancionador será razonable si se respeta el debido procedimiento adjetivo, en el marco del cual el administrado pueda ejercer debidamente y en forma previa su derecho de defensa, pudiendo alegar los fundamentos que hacen a su defensa, y valerse de las pruebas conducentes que permitan acreditar los argumentos que expone.

En este mismo sentido, el derecho a ser oído no debe ser vulnerado por medio de obstáculos que lo tornen ilusorio, como es el caso, por ejemplo, de las sumas de dinero que se exigen a modo de garantías obligatorias de impugnación en algunos procedimientos administrativos especiales, sobre todo en los procedimientos de selección de contratistas.

Al respecto, cabe destacar que la doctrina, en forma unánime, se ha manifestado en contra de exigir el pago de una garantía como requisito para poder impugnar pliegos de bases y condiciones. Los argumentos dados han sido varios, aunque, generalmente centrados en la violación de los principios del procedimiento administrativo, entre los cuales se encuentran el principio del debido proceso adjetivo y el principio de razonabilidad, que están presentes, desde luego, también en procesos tales como la licitación pública, que sufren en la actualidad de la inclusión de cláusulas que exigen este tipo de garantías (105).

Por otra parte, la indebida restricción al acceso de las actuaciones afecta el principio del debido proceso adjetivo, y conculca el principio de razonabilidad. Si bien el RLNPA regula el instituto de la vista, y los principios de publicidad y transparencia de toda actuación administrativa fueron consagrados en el Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional aprobado por decreto 1172/2003 (106), todavía la función pública debe consustanciarse en los hechos con la práctica republicana de dar a conocer sus actos, incluso los de trámite. Es un proceso lento hacia una transparencia total de la función administrativa. En de-

(105) Cfr. COMADIRA, JULIO R., *La licitación pública*, p. 35, Depalma, Buenos Aires, 2000.

(106) Es dable recordar que dicho reglamento, poco comentado, establece que toda persona tiene derecho a solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado.

finitiva, como dice Schmidt-Assmann, "el tan frecuentemente criticado déficit democrático de la Comunidad es, en primer término, un déficit de transparencia" (107).

El ocultamiento de las actuaciones determina la irrazonabilidad de ese procedimiento. Desde luego que las actuaciones pueden reservarse, pero para ello debe hacerse por resolución fundada del respectivo subsecretario del Ministerio correspondiente o titular del ente descentralizado de que se trate. Va de suyo que la declaración deberá estar debidamente motivada, dado que "el uso abusivo de esta facultad viola indudablemente la garantía del debido proceso" (108). Gordillo afirma que el carácter público del expediente para todas las personas interesadas es una regla del Estado de Derecho, pero advierte, con acierto, que no es suficiente. El autor observa que "la tendencia republicana moderna es hacia el dictado de leyes que garanticen la libertad de información a cualquier persona. Un buen ejemplo es la ley de libertad de información (Freedom of Information Act) de 1966 en los Estados Unidos de Norte América, con sólo expresas y limitadas excepciones tendientes a preservar la privacidad personal de los individuos" (109).

En definitiva, como bien dice Tawil, "no cabe duda de que si lo que se persigue es atender al debido cumplimiento de los principios de legitimidad o juridicidad, debido proceso, verdad material y colaboración, toda restricción indebida a la participación de los administrados en el procedimiento administrativo importará una afectación inapropiada de aquéllos" (110). Por estos mismos motivos, la Administración tiene la obligación de producir la prueba pertinente en cada procedimiento administrativo. Al punto tal que, autores como González Pérez, entienden que si el órgano administrativo

(107) SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 413, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003. Si bien el autor se refiere a la Unión Europea, su proyección a los sistemas democráticos de América Latina es fácil de advertir.

(108) MONTI, LAURA, *Limitaciones a la vista de las actuaciones administrativas*, p. 140, en AA.VV., *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2006.

(109) GORDILLO AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 4, p. IV-28, Fundación de Dcho. Adm., Buenos Aires, 2000.

(110) TAWIL, GUIDO, *¿El fin de la Garantía de impugnación en materia licitatoria?*, p. 539, en *Estudios de derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

decide no abrir a prueba un recurso, debe atenerse a lo manifestado por el particular (111). Un procedimiento que prescinda de la prueba conducente para determinar la verdad material es, a todas luces, un procedimiento irrazonable, independientemente del resultado que luego se alcance con la decisión definitiva.

B. Los plazos razonables en el procedimiento

Será razonable aquel procedimiento que se desarrolle en plazos, valga la redundancia, razonables. En rigor, el tema de los plazos en el procedimiento no es un tema menor, sea en los procedimientos impugnatorios, como en los de formación de actos, entre los cuales se encuentran los procedimientos sancionatorios. En el procedimiento administrativo los plazos son obligatorios para los interesados y para la administración, sin perjuicio de lo cual antes del vencimiento de un plazo podrá la Administración de oficio o a pedido del particular, disponer su ampliación, por un tiempo razonable, mediante resolución fundada, y siempre que no resulten perjudicados derechos de terceros (112). La administración, por su parte, podrá dar por decaído el derecho dejado de usar dentro del plazo correspondiente (113).

La razonabilidad de los plazos afecta el principio del debido proceso adjetivo, antes referido. El derecho a obtener un pronunciamiento administrativo sin dilaciones previas es un corolario del derecho de defensa en juicio, que como hemos visto, se aplica a los procedimientos administrativos. A su vez, las garantías consagradas en el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, que prescribe ejercer el derecho de ser oído dentro de un plazo razonable, no se encuentran limitadas al Poder judicial, sino que deben ser cumplidas por los órganos administrativos.

La propia LNPA ha establecido el derecho de interponer una acción judicial de amparo por mora si el órgano administrativo hubiere dejado vencer los plazos fijados, y en caso de no existir éstos, si

(111) Véase GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la ley de la jurisdicción Contencioso Administrativo*, t. I, p. 468, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1998. Ver también Canosa, Armando, *El Debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo*, p. 63, en AA.VV., *Procedimiento y proceso administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.

(112) Cfr. art. 1º, inc. e), apartados 1 y 5 de la LNPA.

(113) Ver art. 1º, inc. e), apartado 8 de la LNPA.

hubiere transcurrido un plazo que excediere lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el administrado (114).

Por su parte, nuestra Corte Suprema de la Nación ha dicho, en un importante precedente, que "la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resulta incompatible con el derecho al debido proceso de amparo por el art. 18 de la constitución Nacional, y por el art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos humanos" (115). Se trataba, nada menos, que de un sumario administrativo llevado a cabo por el Banco Central de la República Argentina, en el cual se investigaban supuestas infracciones a la normativa financiera, que culminó con sanciones pecuniarias administrativas, pero luego de casi veinte años de ocurridos los hechos, como consecuencia del trámite que deparó dicha investigación, que mantuvo suspendida la prescripción liberatoria. A partir del análisis del caso, Durand concluye que "la Corte ha definido claramente un *standard* según el cual el procedimiento administrativo, integralmente considerado, no puede exceder una "duración razonable, cuya definición en el caso concreto dependerá de la apreciación judicial, en atención a las circunstancias del caso" (116).

C. Sobre la regla del agotamiento de la vía administrativa

Si bien este trabajo forma parte de un merecido homenaje a la LNPA, no sería sincero de nuestra parte dejar de mencionar nuestra posición respecto del procedimiento de agotamiento de la vía administrativa consagrado en esta ley, máxime si estamos analizando el principio de razonabilidad en el procedimiento administrativo.

Dicho esto, corresponde adelantar que, a nuestro criterio, el sistema de agotamiento de la vía administrativa es un sistema irrazonable, que atenta en forma directa contra el principio de la tutela judicial efectiva, reconocido en los artículos 8º y 25 de la Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en los artículos 2º, inc. 3, y 14 del Pacto Internacional de Dere-

(114) Art. 28 de la LNPA.

(115) CSJN, in re "Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA - Resol. 169/05", de fecha 26/06/2012.

(116) Cfr. DURAND, JULIO, *Los plazos en la actuación de la Administración*, publicado en la presente obra colectiva.

chos Civiles y Políticos, y en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todos con jerarquía constitucional conforme lo establece expresamente nuestra propia carta fundamental (artículo 75, inciso 22), y desnaturaliza el derecho de defensa consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional.

Como señala Cassagne, "el art. 25 de la CADH al establecer que toda persona tiene el derecho a disponer de un recurso efectivo, que sea sencillo y rápido, con el objeto de protegerla contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y las leyes de cada país o por la propia Convención Americana, indica, en forma expresa, que ese recurso debe otorgarse "ante los jueces o tribunales". Va de suyo, entonces, que la exigencia de requerir otro recurso obligatorio ante los órganos administrativos frente a actos que violan los derechos humanos fundamentales de una persona, no es el recurso efectivo, sencillo y rápido que prescribe la Convención Americana ante los jueces o tribunales competentes" (117).

En efecto, el agotamiento de la vía administrativa, en el orden federal, importa un sistema complejo, que rige hasta hoy en día, de recursos y reclamos previos que deben presentarse en forma obligatoria ante la propia Administración, para poder acceder luego a la justicia en defensa de los derechos de los administrados.

En términos generales, este sistema de agotamiento de vía exige, en los casos de actos administrativos que lesionen derechos dictados por cualquier órgano de la administración (118), que el particular deba presentar un recurso jerárquico de impugnación, en un plazo de quince días hábiles administrativos, para que sean los Ministros de Gobierno o Secretarios directos de la Presidencia, o el mismo Presidente de la Nación –en el caso de que el acto, por ejemplo, haya sido dictado por un Ministro o de dichos Secretarios–, quienes resuelvan esa presentación, como condición obligatoria para que luego pueda habilitarse la instancia judicial.

(117) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar el Estado Nacional*, E.D. 45-832. Ver, asimismo, CANOSA, ARMANDO N., *Necesaria actualización del proceso administrativo nacional*, p. 73, JA Suplemento, 2011-I.

(118) Salvo para los casos de los decretos del Poder Ejecutivo Nacional, o de las decisiones de las máximas autoridades de las entidades autárquicas.

Es importante tener presente que el principio de prorrogabilidad de los plazos obligatorios, cuyo fundamento se encuentra en los principios de verdad material, y de informalismo a favor del administrado (119), tiene una excepción muy importante en el procedimiento administrativo recursivo, dado que la propia LNPA dispone que una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos contra actos administrativos el administrado perderá el derecho para articularlos, sin perjuicio de que se considere dicha impugnación como una denuncia de ilegitimidad. El grave problema radica en que si esta última se resolviera en forma negativa, y la impugnación presentada, fuera de término, se correspondía con el recurso jerárquico necesario a fin de agotar la vía administrativa, el particular no podrá acudir a la instancia judicial, por no haber agotado dicha vía. Se trata, en este caso, de plazos perentorios, muy exiguos, que lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este entendimiento, Aguilar Valdez sostiene que "en el efecto expansivo sobre el acceso a sede judicial del vencimiento de un fugaz plazo administrativo es en donde aparece el principal quicio constitucional que afecta al régimen del agotamiento tal como el mismo está estructurado en la LNPA. El plazo de interposición del recurso administrativo se transforma, así, en un plazo aniquilador de derechos no sólo adjetivos sino ya materiales" (120). Y siguiendo a este autor, podemos afirmar que un plazo que aniquila derechos es un plazo irrazonable. Así lo entiende Perrino, quien sostiene que "el agotamiento de la vía también se transforma en irrazonable y lesivo para el derecho de defensa cuando se establecen plazos intrínsecamente irrazonables por su brevedad para deducir un

(119) Cfr. art. 1º, inc. c) de la LNPA, que establece la excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente. Comadira y Monti destacan, con acierto, que "parecen más adecuados los términos formalismo moderado o debilitamiento de la preclusión como denominaciones de un principio que no puede significar la existencia de un procedimiento "sin formas" aun cuando esa ausencia pretenda aplicarse sólo en beneficio de los particulares", en COMADIRA, JULIO - MONTI, LAURA, *Procedimientos Administrativos*, t. I., p. 58, La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2003.

(120) AGUILAR VALDÉZ, OSCAR, *El agotamiento de la vía administrativa*, t. I, p. 649, en AA.VV., *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Cassagne, Juan Carlos, (dir.), La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2007.

recurso administrativo necesario para dejar expedita la revisión judicial" (121).

Gordillo es categórico al afirmar, con humor, que el hecho de que el vencimiento de los diez o quince días previstos para plantear los recursos administrativos haga perder el derecho de fondo es una "cuestión de brujería. En rigor una herejía jurídica" (122).

Otro obstáculo que resulta sumamente gravoso para el particular, es el plazo perentorio de caducidad de noventa días hábiles judiciales, que ha establecido el art. 25 de la ley, para que el administrado inicie la demanda judicial frente al rechazo expreso de dicha impugnación.

El sistema también incluye un procedimiento de reclamo impropio para el caso de actos de alcance general, y un denominado "reclamo administrativo previo", cuando se trata de realizar reclamaciones de reconocimiento de derechos, y no se cuestionan actos administrativos.

En ambos casos, si la Administración no resuelve dichos reclamos, el particular debe requerir un pronto despacho ante el propio órgano, y si luego transcurren varios meses sin que se haya producido tal decisión, recién ahí tendrá por configurado el silencio de la Administración, y podrá iniciar una demanda judicial. En efecto, en el supuesto del reclamo impropio -medio de impugnación directa de los actos de alcance general- el artículo 26 de la LNPA dispone que la demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el art. 10, esto es, haber transcurrido 30 días hábiles administrativos y, luego de la interposición de un pronto despacho, otros 60 más, sin perjuicio, claro, de lo que corresponda en materia de prescripción (123). En el

(121) PERRINO, PABLO, *El Derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa*, Revista de Derecho Público, 2003-I, "Proceso Administrativo I", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.

(122) GORDILLO AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 4, p. VIII-8, Fundación de Dcho. Adm., Buenos Aires, 2000.

(123) Como señala HUTCHINSON, TOMÁS, "la norma emplea una terminología equívoca; considera al silencio de la Administración como un acto presunto, cuando en realidad (...) es un hecho al que la norma le otorga una consecuencia jurídica: el carácter denegatorio", en *Régimen de Procedimientos Administrativos*, p. 177, 6ª ed. Actualizada, Astrea, Buenos Aires, 2002. Esa consideración equívoca del silencio hizo necesario que en dicho artículo se dispusiera la salvedad de los plazos de prescripción. Sin embargo, este plazo debe entenderse suspendido, dado que conforme el silencio es una ficción legal que juega a favor del administrado y no un acto tácito o un modo anormal de

caso específico del reclamo administrativo previo previsto en el art. 30 y ss. de la LNPA, el pronunciamiento respecto del reclamo deberá efectuarse dentro de los 90 días de formulado. Vencido ese término, el interesado puede requerir pronto despacho, pero recién a partir de allí, y si transcurrieren otros 45 días, podrá iniciar la demanda (124).

En algunos de estos casos también se aplica el plazo de caducidad de 90 días hábiles judiciales, antes referido, para demandar al Estado en sede judicial, que comienza a computarse, por ejemplo, si se rechaza el reclamo impropio contra actos de alcance general, o, sorprendentemente, como resultado de la reforma de la ley, para el supuesto de configurarse el silencio de la Administración en la resolución del reclamo administrativo previo. En efecto, en el año 2000 se promulgó la Ley de Emergencia Económica Financiera N° 25.344, que lamentablemente modificó el instituto del reclamo administrativo previo, estableciendo el plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA para acudir a la justicia una vez configurado el silencio, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción.

No obstante que a nuestro criterio la aplicación de un plazo de caducidad a la decisión que resuelve un reclamo administrativo es inconstitucional, toda vez que el derecho del particular no se modifica con la decisión que resuelve el reclamo y, en tal entendimiento, ese mero pronunciamiento administrativo no innova la situación jurídica del particular, y por tal motivo desaparece el fundamento de seguridad jurídica que justificaría la existencia de un plazo de caducidad (125), la aplicación de dicho plazo frente a la ausencia

terminación del proceso, el procedimiento administrativo no se extingue y, por ende, como establece el art. 1º, inc. E, ap. 9, de la LNPA, "las actuaciones administrativas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de los plazos legales y reglamentarios, incluso los relativos a la prescripción". Sin perjuicio de ello, este autor también reconoce que "en algunos casos, ante la omisión de resolver la Administración se configura el silencio aun contra la voluntad del particular, quien no puede seguir esperando a que aquélla cumpla con su obligación de resolver, sino que debe actuar como si el acto negatorio se hubiera en realidad producido. Más que ante una ficción legal, nos encontramos aquí con un acto tácito o presunto", en op. cit., p. 182.

(124) A su vez, en el art. 31, in fine, de la LNPA, se estatuye que "el Poder Ejecutivo a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de 120 días y 60 respectivamente".

(125) Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, p. 477, La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2009. En contra, COMADIRA, JULIO - MONTI, LAURA, *Procedimientos Administrativos*, t. I, p. 512, La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2003.

de decisión de un reclamo administrativo previo es francamente inconstitucional, y no encuentra siquiera una razón mínima que le sirva de fundamento. La aplicación de un plazo de caducidad en ese escenario constituye un grave entorpecimiento al ejercicio de los derechos de los administrados, que atenta contra el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, agravado por configurarse en el marco de una violación clara del deber constitucional de resolver las peticiones que tiene la Administración. Como lo ha sostenido la Corte Suprema, el silencio debe favorecer al particular, y no es razonable que se premie la actitud negligente de la Administración haciendo jugar en contra del particular la figura del silencio administrativo (126).

La arbitrariedad e irrazonabilidad de la solución incorporada por la ley 25.344 ha merecido la desaprobación de gran parte de la doctrina, que la considera inconstitucional (127). En este sentido, Juan Lima sostiene que la imposición de un plazo para accionar frente al silencio administrativo no es coherente con el principio de la tutela judicial efectiva, dada la peligrosidad del confuso sistema

(126) CSJN, Fallos 316:2477. Por su parte, en el año 2006 la sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal ha sostenido, in re "Palacios", que "ante la configuración del silencio administrativo frente a la reclamación efectuada por un particular no resulta aplicable -a efectos de la admisibilidad de la demanda- el plazo de caducidad establecido en el artículo 25 de la ley 19.549. (CNCAF, sala IV, in re "Palacios, Héctor Julio c/ EN", de fecha 5-10-06).

(127) Muchos autores que han estudiado la reforma introducida por la ley 25.344 sostienen que la aplicación de un plazo de caducidad al silencio frente a un reclamo administrativo previo es inconstitucional. Entre otros, CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, p. 478, La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2009; MAIRAL, HÉCTOR A. en *La reforma de la ley 25.344 y las garantías del Administrado*, reportaje publicado en La Ley, Supl. Actualidad del 15 y 20/11/2001; BIANCHI, ALBERTO, en *La reforma...*, La Ley, Report. cit.; HALPERÍN, DAVID - CANOSA, ARMANDO - MARTORELLO, BEATRIZ, *Emergencia Económica*, p. 91, Errepar, Buenos Aires, 2001; BUJÁN, NÉSTOR, *Reflexiones sobre los requisitos procesales de admisibilidad de la pretensión administrativa y la habilitación de la instancia judicial a la luz de las reformas de la ley 25.344*, p. 81, Revista de Derecho Público, n° 2003-2. Otros autores, en cambio, si bien reprueban esta solución, no consideran que ella sea inconstitucional. Ver MONTI, LAURA, *La reforma...*, La Ley, Report. cit., quien entiende que el legislador puede establecer un efecto para el silencio como se ha instituido en el nuevo art. 31 de la LNPA; Siseles y Vincenti defienden la aplicación del plazo de caducidad, en la medida en que entienden que el administrado tiene la facultad -no obligación- de presentar el pronto despacho y acudir luego, en su caso, a la vía judicial. Cfr. SISELES, OSVALDO - VINCENTI, ROGELIO, *La Ley de emergencia 25.344 y el proceso contencioso administrativo*, La Ley, del 30/10/2001.

de plazos que puede generar la indefensión del administrado (128). Incluso, varios autores han sostenido que la redacción del art. 31 de la LNPA es confusa y contradictoria, y vulnera otros preceptos de la propia ley, razón por la cual cabría desestimar la aplicación del plazo de caducidad al silencio de la Administración ante un reclamo administrativo previo.

En esa inteligencia, Cassagne y Perrino sostienen que la duda se presenta habida cuenta de que el nuevo art. 31 dispone que una vez configurado el silencio, el administrado "podrá" iniciar la demanda judicial, respetando los plazos de caducidad del art. 25 de dicha ley, "sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción". Para esta corriente doctrinaria, la utilización del verbo "podrá", y la referencia a plazos de prescripción hacen inviable la aplicación de un plazo de caducidad. Es que esta última alusión sería contradictoria porque nunca los plazos de prescripción del Código Civil resultan inferiores al plazo de caducidad de 90 días hábiles judiciales (129). En apoyo de lo dicho señalan que no se ha modificado el art. 26 de la LNPA, que establece que configurado el silencio del art. 10 la demanda podrá iniciarse en cualquier plazo. Al respecto, los autores argumentan que es irrazonable otorgarle diferentes alcances al silencio administrativo, en uno u otro caso, y que el plazo de caducidad sólo se encuentra instituido en la ley para imponerse frente a decisiones expresas de la Administración, conforme da cuenta el art. 25, que tampoco ha sido modificado por la reforma (130). Por otra parte, se

(128) Véase JUAN LIMA, FERNANDO, *El silencio administrativo: problemas actuales*, p. 433, en AA.VV., *Procedimiento y proceso administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.

(129) Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS - PERRINO, PABLO, *La reforma...*, La Ley, Report. cit. Para estos autores, los plazos de prescripción se reinician de cero una vez terminado el procedimiento administrativo. Si bien la LNPA se refiere a la suspensión de la prescripción mientras tramita el expediente, para Cassagne, por ejemplo, suspensión e interrupción en los términos de la ley quieren decir lo mismo, toda vez que la referencia invocada en el art. 1º, inc. e), apart. 9 de la LNPA al reinicio del plazo de prescripción es inequívoca. Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, p. 109, La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2009.

(130) Para los profesores Bianchi, Monti, Mairal y Hutchinson, en cambio, el art. 31 es claro al instaurar el plazo de caducidad una vez configurado el silencio en los términos del reclamo administrativo previo. Cfr. BIANCHI, ALBERTO - MONTI, LAURA - MAIRAL, HÉCTOR - HUTCHINSON, TOMÁS, *La reforma...*, La Ley, Report. cit. En igual sentido, ver BUJÁN, NÉSTOR, *Reflexiones sobre los requisitos procesales de admisibilidad de la pretensión administrativa y la habilitación de la instancia judicial a la luz de las reformas de la ley 25.344*, p. 77, Revista de Derecho Público, n° 2003-2.

ha señalado que la redacción es tan confusa que incluso una lectura literal de la misma permite advertir que el plazo de caducidad sólo se aplica frente al silencio de la Administración y no frente a una decisión expresa que resuelva el reclamo administrativo previo (131).

Dado que tal solución importaría una incongruencia manifiesta, que no puede inferirse del legislador, es necesaria una interpretación que compatibilice la reforma con el principio general del derecho de la tutela judicial efectiva y el debido proceso adjetivo. En ese camino, algunos autores proponen una interpretación, *in dubio pro actione*, por la cual se estima que el plazo de caducidad sólo es aplicable frente a la resolución expresa del reclamo administrativo previo (132).

Para otros autores, en cambio, la ley no permite que se aplique el plazo de caducidad a la decisión expresa del reclamo administrativo previo. En este sentido, Buján sostiene que *"la ley 25.344 no establece el plazo de caducidad para impugnar el acto administrativo expreso que deniega el reclamo, y no resulta razonable así interpretarlo para salvar su inconstitucionalidad"* (133).

Sin restarle mérito al esfuerzo interpretativo que varios autores tuvieron que realizar para intentar encauzar la reforma de la ley 24.344 a un marco de legitimidad, que recepte los principios gene-

(131) PERRINO, PABLO, *El Derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa*, Revista de Derecho Público, 2003 - I, "Proceso Administrativo I", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.

(132) Cfr. PERRINO, PABLO, op. cit.; USLENGHI, ALEJANDRO, *Algunas consideraciones en torno a la reforma del proceso administrativo*, p. 29, Revista de Derecho Público, n° 2003-2; POZO GOWLAND, HÉCTOR, *Cambios en el Contencioso Administrativo Federal. El reclamo administrativo*, EDA 2000-556; DIEZ, HORACIO, *El plazo de caducidad para demandar al Estado*, p. 247, en AA.VV., *Control de la Administración Pública*, RAP, Buenos Aires, 2003. Para otros autores, en cambio, después de la reforma introducida por la ley 25.344 corresponde aplicar también el plazo de caducidad -además del silencio- a la decisión expresa sobre el reclamo administrativo previo. Así, Comadira y Monti, con citas de Crivelli y Canosa, sostienen que sería irrazonable exigir el plazo de caducidad en los casos de denegación tácita y no en los de resolución expresa, y que no existen motivos para excluir la decisión expresa del reclamo administrativo previo del plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la LNPA. Cfr. COMADIRA, JULIO - MONTI, LAURA, *Procedimientos Administrativos*, t. I., p. 512, La Ley, Prov. de Buenos Aires, 2003.

(133) BUJÁN, NÉSTOR, *Reflexiones sobre los requisitos procesales de admisibilidad de la pretensión administrativa y la habilitación de la instancia judicial a la luz de las reformas de la ley 25.344*, p. 85, Revista de Derecho Público, n° 2003-2.

rales del derecho, como la razonabilidad, los derechos y garantías constitucionales, y la propia entelequia de la LNPA, en nuestra opinión el plazo de caducidad no se debe aplicar en ningún supuesto de silencio de la Administración, ni aun en el caso de una decisión expresa en la vía reclamatoria.

En el primer supuesto, porque su aplicación es inconstitucional, por violación al principio del debido proceso adjetivo, que demanda una decisión fundada, cuyo incumplimiento en modo alguno puede generar una prerrogativa para la Administración. En el segundo caso, porque además de no preverlo la normativa, también sería inconstitucional en la medida en que, como hemos dicho, ese mero pronunciamiento administrativo no innova la situación jurídica del particular, y desaparece el fundamento de seguridad jurídica que justificaría la existencia de un plazo de caducidad.

Somos conscientes de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la más delicada de las funciones encomendadas a los jueces y un acto de suma gravedad que debe considerarse la última ratio del orden jurídico, debiendo estarse en la duda por su constitucionalidad. Sin embargo, debe acudir a dicha declaración cuando, como en los dos casos analizados, no existe posibilidad de una solución adecuada del asunto, y la aplicación de la ley conduce a una irrazonabilidad evidente (134).

Ahora bien, el agotamiento de la vía administrativa así instaurado, que exige recursos en tiempos exiguos, y que establece luego plazos de caducidad para iniciar la acción judicial correspondiente es, a nuestro modo de ver, inconstitucional en cuanto cercena el acceso a la jurisdicción y afecta el derecho de propiedad, y es a todas luces irrazonable, en la medida en que la única finalidad que logra es una mayor cantidad de demandas, y una demora innecesaria al acceso a la justicia, lo cual, en palabras de García de Enterría, "contrasta con la facilidad con que cualquiera puede dirigirse al Juez ordinario sin más que cumplir unas reglas elementales y claras" (135).

(134) Ver Fallos: 323:2409; 325:645, 1922; 327:1899, 5147, 5723; 328:1416, 1491; entre muchos otros.

(135) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos*, p. 274, Rev. de Adm. Púb. (España), n° 42.

La principal justificación de esta prerrogativa se basa en la idea de que debe revisarse en sede judicial la conducta administrativa que provenga de las máximas autoridades de la Nación con competencia para resolver, como consecuencia de la organización jerárquica de la propia Administración, a fin de evitar enjuiciamientos innecesarios, brindándole de esta forma la posibilidad a la Administración de corregir su conducta, o, como lo ha dicho la propia Corte Suprema, es necesario "producir una etapa conciliatoria anterior al pleito que permita revisar el caso, salvar errores, promover el control de legitimidad de lo actuado por las organizaciones inferiores y sustraer a los entes estatales en una medida compatible con la integridad de los derechos" (136).

Sin ánimo de criticar el ideal que significa pensar el agotamiento de la vía como una etapa conciliatoria, lo cierto es que, lamentablemente, la realidad es otra. En rigor, son escasos, sino casi inexistentes, los supuestos en los cuales se resuelven de manera favorable al particular los reclamos o recursos presentados. A nuestro juicio, el error de estas justificaciones radica en que se elaboran sin abrir los ojos a la realidad normada. No debe olvidarse que es también tarea del jurista, del legislador, del magistrado y del funcionario, comprobar los efectos de los sistemas que rigen las relaciones jurídicas.

En este entendimiento, no es difícil observar que este sistema genera una cantidad muy importante de procedimientos complejos de impugnación contra los actos administrativos, en forma inmediata de haber sido dictados y notificados, y genera un incremento de las demandas, toda vez que se exige la presentación de demandas judiciales en tiempos muy breves, cuando el administrado quizás no haya tomado necesariamente la decisión de recurrir a la justicia, o hubiere preferido esperar un cambio favorable de las condiciones que dieron lugar a su impugnación, como podría darse frente a la posibilidad de un cambio de las condiciones que lo afectan, o incluso un cambio de funcionario o gobierno.

Por otra parte, el agotamiento de la vía administrativa resulta incompatible con el principio de división de poderes que proclama el reconocimiento de la plena potestad judicial para controlar los

(136) CSJN, Fallos 314:725.

actos de la Administración, en perjuicio incluso del propio interés público de mejorar la calidad de la función administrativa.

Es interesante traer a colación las reflexiones de Juan Carlos Cassagne en el debate producido en las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Administrativo del año 2011, que contó con la participación de los distinguidos Profesores Jorge A. Sáenz y Tomás Hutchinson (137). En esa oportunidad, el profesor Cassagne expuso que la regla del agotamiento de la vía se encuentra en pugna con la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos. En tal sentido, manifestó que más que la fugacidad de los plazos (cuya crítica ya había efectuado en un trabajo de 1974 (138)), "lo que se halla en crisis es el propio sistema recursivo montado, de un modo un tanto inexplicable e injustificado, sobre el esquema del derecho procesal civil. Porque cuando está en juego un derecho fundamental del hombre como es el derecho pleno e irrestricto de acceso a la justicia, el hecho de que no se resuelvan los problemas y conflictos que plantean las personas ante los jueces genera una situación altamente desfavorable para las libertades del ciudadano. De ese modo, el acceso a la justicia se ha convertido en una formidable carrera de obstáculos que, tras la máscara de la seguridad jurídica, la división de poderes, la conveniencia de que la Administración pueda enmendar sus errores e ilegalidades, ha transformado el régimen procesal administrativo en un conjunto desordenado e ilógico de ritualismos inútiles" (139).

Resulta importante destacar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado en forma expresa, en un caso concreto, que el principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica, exige "*que el acceso a la justicia no se convierta en un desagradable juego de confusiones en desmedro de los particulares* (140)". Dese luego que compartimos estas reflexiones.

(137) Jornadas Latinoamericanas de Derecho Administrativo, organizadas por la Universidad de Belgrano y el Colegio Público de Abogados, durante los días 27, 28 y 29 de abril de 2011.

(138) Véase CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar el Estado Nacional*, E.D. 45-832. Ver, asimismo, ABERASTURY, PEDRO, *La justicia administrativa*, ps. 158-163, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

(139) CASSAGNE JUAN CARLOS, *Acerca de la subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa*, La Ley, 9/08/2011.

(140) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 105/99 emitido en el caso 10.194, "Palacios, Narciso -Argentina", de fecha 29/9/99, publicado en LA LEY, 2000-F-594.

Y volviendo una vez más a las enseñanzas del maestro Linares Quintana, para quien lo razonable es lo que dice el sentido común, o sea, conforme a la razón, a la justicia, la moderación, proporcionalidad y prudencia, debemos expresar nuestra posición, y seguir a aquellos juristas que en nuestro medio, y en otros sistemas jurídicos, sostienen que el sistema de agotamiento de la vía administrativa es un procedimiento manifestamente irrazonable, que debe ser superado.