

EL PRINCIPIO DEL FORMALISMO ATENUADO Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS.

Domingo J. Sesin

SUMARIO: I. Formalidad intensa en el proceso judicial y menor rigor formal en el procedimiento administrativo. II. La *ratio iuris* del principio del formalismo atenuado. III. Formalidades esenciales y no esenciales. IV. El formalismo en los plazos relacionados con la actividad recursiva. V. La tutela judicial efectiva y las formalidades procedimentales. VI. El formalismo atenuado en la actividad recursiva. Aspectos formales subsanables. VII. Procedimientos contradictorios. La selección del contratista. VIII. El ritualismo inútil en el agotamiento de la vía administrativa. IX. El informalismo solo puede invocarlo el administrado. X. Vinculaciones con el principio *favor acti y pro actione*.

I. Formalidad intensa en el proceso judicial y menor rigor formal en el procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo, conformado por una serie de actos internos concatenados en forma armoniosa, tiene por objeto acercar los elementos necesarios al órgano con competencia para resolver, a fin de que el acto administrativo sea oportuno y válido.

El procedimiento administrativo, concebido como un cauce formal, se fundamenta tanto en las razones de interés público que debe satisfacer como en la garantía a los derechos e intereses de los administrados. En definitiva, el procedimiento administrativo debe cumplimentar tres requisitos básicos: sujetarse al orden jurídico, satisfacer el interés público y resguardar los derechos e intereses de los administrados.

Como es sabido, el procedimiento administrativo, desde una perspectiva histórica, ha receptado una serie de aspectos formales pertenecientes al proceso judicial, especialmente el civil. Es indudable que el proceso judicial transita por cauces mucho más formalistas, atento la relevancia institucional del Poder Judicial como órgano imparcial e independiente, que debe mantener a ultranza la igualdad entre las partes. En cambio, el procedimiento administrativo tiene menor solemnidad o rigor formal, ya que el administrado, aun cuando defiende sus derechos e intereses, lo hace como colaborador de la Administración, cuyo objetivo es la verdad material en beneficio del interés público.

No obstante, aun cuando el procedimiento administrativo es menos formalista que el proceso judicial, de todos modos, dice Giannini (Giannini, Massimo, *Diritto Amministrativo*, Tomo I, Milán, Giufrè, 1979, p. 823) que, en el derecho positivo contemporáneo, el “procedimiento formalizado” comporta un modo general de desarrollo de la actividad pública. Es decir, el procedimiento administrativo está impregnado de normas de formas que regulan el ejercicio de la función administrativa en el marco de juridicidad, aun cuando gradualmente sea menos formalista que el proceso judicial. Es, en suma, una garantía para el administrado.

De allí que, cuando se hace referencia al principio del informalismo en el procedimiento administrativo, pareciera que estamos frente a una contradicción, ya que el trámite administrativo también es formal. Ello es susceptible de sembrar confusión a los ciudadanos que, atento lo preceptuado por las normas de procedimiento administrativo que consagran el principio del informalismo, pueden excusarse del cumplimiento de los plazos y demás requisitos formales. Ello generaría una permanente inseguridad procedimental y desorden organizacional.

Consecuentemente, resulta de sumo interés precisar su noción conceptual y delimitar en forma precisa su ámbito de actuación.

II. La *ratio iuris* del principio del formalismo atenuado.

Todo principio tiene por objeto interpretar, fundamentar e integrar la juridicidad vigente, a fin de resolver las cuestiones dentro del amplio contexto del orden jurídico.

En nuestro país, las normas de procedimiento administrativo tanto nacional como provincial conceptúan la informalidad como la “exclusión de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que pueden ser cumplidas posteriormente” –Artículo 1º, inc. c) de la LNPA.

Incluso, en Mendoza se ha interpretado que el principio del informalismo a favor del administrado tiene vigencia aun cuando la normativa provincial no lo haya contemplado expresamente, prevaleciendo la verdad jurídica objetiva (SC Mendoza, “Álvarez c/ Municipalidad de San Rafael”, julio 1990, *LL*, 1990-E, p. 266).

El Artículo 9º del Decreto N° 500/1991 de Uruguay dispone: “En el procedimiento administrativo se aplicará el principio del informalismo a favor del administrado, siempre que se trate de la inobservancia de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente”.

En Perú, la normativa de trámite administrativo explicita en el Artículo IV del título preliminar: “Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derecho de terceros o el interés público”.

Fiorini (Fiorini, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Tomo II, p. 21) nos habla del principio de “preclusión del procedimiento”, por cuanto la formalidad de la norma siempre debe regir, solo que su cumplimiento puede ser efectuado posteriormente. La búsqueda de la verdad material da sustento a este principio, priorizando tal aspecto sobre las formas. También se encuentra vinculado al principio de celeridad, economía, sencillez y eficacia que prescribe el Artículo 1º, inc. b) de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, con el objeto de buscar más ágilmente y sin complicaciones la conformación de la voluntad estatal y las prestaciones pertinentes.

Otros autores, como Comadira (Comadira, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 24 y sigs.) y Escola (Escola, Héctor J., *Tratado General del Procedimiento Administrativo*, p. 132 y sigs.), prefieren denominarlo principio del formalismo moderado, denominación que comparto. La misma denominación ha utilizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al permitir que el particular pueda actuar sin patrocinio letrado en un reclamo administrativo (CSJN, caso “Lewkowocz”, *Fallos*: 315:2.762).

En definitiva, las cuestiones formales no esenciales pueden ser cumplidas posteriormente.

Como dice Comadira, no es a la forma, sino al rigorismo formal al cual se debe combatir (Comadira, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública, op. cit.*, p. 25). Este prestigioso jurista subraya el papel de colaborador que corresponde atribuir al administrado en el procedimiento administrativo respecto de la gestión del bien común, cuya finalidad compete a la Administración pública (en el mismo sentido, Gambier, Beltrán, “El procedimiento administrativo: algunas cuestiones que suscita el principio del informalismo”, *JA*, 1992-III-673 y sigs.).

En el derecho europeo, prácticamente este principio no existe, aun cuando las normas de procedimiento administrativo regulen pautas muchas veces flexibles en el trámite respectivo, permitiendo muchas veces que el administrado cumplimente ciertos requisitos con posterioridad. En este sentido, el Artículo 114.2 de la LPA de España dispone que el error en la calificación del recurso no obsta a su tramitación, mientras que los Artículos 54 y 71 obligan al órgano administrativo a emplazar al administrado para que subsane la falta de requisitos o acompañe los documentos exigidos dándose un nuevo plazo.

Algunos autores, como Landi y Potenza (Landi, Guido y Potenza, Guisepe, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milán, 1979, p. 609), opinan que la formalidad a favor del administrado no tiene sentido, por cuanto el procedimiento es en beneficio de la recta actividad administrativa.

Una primera pregunta que cabe formular es cuál es la intensidad de aplicación de este principio en las diversas actividades administrativas. Me refiero concretamente a qué sucede con la actividad recursiva, los plazos para interponer recursos o reclamos, el debido proceso administrativo, la actividad contradictoria, entre otros. La segunda pregunta que puede formularse es cómo se diferencian las exigencias formales esenciales de las no esenciales. La tercera pregunta, quién puede invocar el principio del

informalismo, y la cuarta, si en verdad comporta una potestad discrecional de la Administración que, por razones de gracia o benevolencia, pueda permitir subsanar o perdonar el cumplimiento de determinados requisitos según la cara del cliente, el amiguismo o demás valoraciones subjetivas, que muchas veces nada tienen que ver con el orden, la seguridad y el tratamiento igualitario.

Adelanto mi opinión en el sentido de que el principio del formalismo atenuado o moderado rige como principio general en la actividad administrativa en aquellas cuestiones no esenciales, salvo en lo que respecta a la actividad recursiva, los plazos pertinentes, los procedimientos contradictorios y los elementos esenciales del debido proceso. En estos supuestos, el principio general se invierte, por lo cual deben cumplirse las reglas formales predeterminadas, salvo norma expresa o razonablemente implícita que establezca lo contrario, o la existencia de ritualismo formal excesivo, manifiesto e injustificable.

En el marco de las posturas jurisprudenciales sustentadas por el Tribunal Constitucional Alemán respecto del *balancing test* o equilibrio de valores o principios, cuando en un mismo caso se pongan en tela de juicio varios principios tutelados por el orden jurídico, ha menester privilegiar el que tenga mayor sustento ante el caso concreto.

En la especie, me inclino por la autolimitación de la discrecionalidad, priorizando la seguridad, el orden, la igualdad e imparcialidad en las materias referidas de interpretación restringida.

Lo que es a todas luces inaceptable es la consagración de un formalismo mayor que el judicial. Al respecto, el más Alto Tribunal de la Nación se opone rotundamente a este temperamento.

Expresa claramente la Corte (CSJN, “Fundación Universidad de Belgrano”, del 5-10-1978) que resulta incongruente negar en el procedimiento administrativo una morigeración de las formas ya aceptada en el proceso judicial. Ello ocurre cuando admite la aplicación del plazo de gracia al procedimiento administrativo, cuyo criterio después fue incorporado normativamente en la mayoría de las leyes procedimentales del país.

III. Formalidades esenciales y no esenciales.

Según Cassagne (Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, LexisNexis, 7ª ed., p. 529), las formalidades no esenciales son abarcativas de aquellas irregularidades intrascendentes que no provocan vicio alguno, los defectos formales atinentes a las nulidades relativas, las dudas que se plantean en el desarrollo del procedimiento administrativo, siempre que no vulneren el orden público ni comporten una nulidad absoluta.

Es decir, entonces, que lo no esencial es omnicompreensivo de las meras inobservancias administrativas de carácter menor que fácilmente puedan ser subsanadas sin agravio a terceros, al interés público, ni a la esencialidad de la juridicidad vigente. Las formalidades esenciales, en cambio, se vinculan con el orden público, los requisitos fundamentales del acto administrativo, los derechos humanos, el debido proceso administrativo, entre otros.

En suma, no existe un criterio puramente objetivo para deslindar fácilmente si estamos frente a una u otra formalidad, razón por la cual, basándose en estas pautas generales y lo que en cada caso disponga el orden jurídico, compete a la autoridad respectiva su decisión en la praxis.

Ha menester analizar detenidamente el ordenamiento aplicable para advertir cuáles son las irregularidades menores que pueden ser salvadas, sin poderse aplicar el principio en el caso de que la norma imponga el cumplimiento de determinados requisitos bajo apercibimiento de inadmisibilidad o decaimiento del derecho.

IV. El formalismo en los plazos relacionados con la actividad recursiva.

En el derecho procesal, el cumplimiento de las formalidades y la preclusión de las diversas etapas del proceso se justifican en la obligatoriedad de garantizar la igualdad de trato a las partes contrapuestas, como la vigencia del valor ético de la lealtad y la seguridad procesal (Couture, E., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 195 y sigs.).

En el procedimiento administrativo, los plazos recursivos implican un requisito esencial, son perentorios y deben respetarse, salvo cuando excepcionalmente se disponga lo contrario, como ocurre con la denuncia de ilegitimidad a nivel nacional –Artículo 1º, inc. e), ap. 6º de la LNPA– y algunas provincias argentinas, como Mendoza.

El Artículo 1º, inc. e), ap. 6º de la LNPA inserta este recurso informal cuando dispone: “Una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos, se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que este dispusiera lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho”.

A nivel nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Gorordo” (*Fallos*: 322:73, *ED*, 181:960, con nota de Julio Comadira, “El caso Gorordo: nueva jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de habilitación de la instancia y revisión judicial de la denuncia de ilegitimidad”) ha clarificado debidamente la cuestión, siguiendo el criterio que mucho antes venía sosteniendo Comadira, en el sentido de que, contra la decisión de fondo que resuelva la denuncia de ilegitimidad, no es posible acudir con posterioridad a la vía judicial.

Abad Hernando (Abad Hernando, Jesús, “La denuncia de ilegitimidad en el derecho argentino”, en obra colectiva sobre *Procedimiento Administrativo*, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, 1981, p. 119) también sustentaba esta posición, al estimar que la denuncia de ilegitimidad es irrecursible, pues “ella se agota en sí misma en cuanto valoración por el órgano de resolución”.

Su razonabilidad es ostensible, ya que, de lo contrario, el carácter perentorio de los plazos regulados por la normativa nacional y su reglamentación carecerían de sentido, pues aun dejando vencer los plazos, el administrado lo mismo podía acudir a la vía judicial, igualando la situación con quienes temporáneamente interpusieron los recursos pertinentes.

El transcurso de los términos recursivos se relaciona con la plena ejecutoriedad del acto administrativo, el conocimiento de la Administración de la firmeza de sus actos y, con ello, el interés público en juego, el orden, la imparcialidad, la seguridad y la juridicidad.

Ha señalado la jurisprudencia: “[...] ni el principio de la informalidad, ni el consecuente debilitamiento del principio de preclusión en el procedimiento administrativo, justifican al incumplimiento de las cargas y los plazos procesales, en especial sobre recursos administrativos [...]” (Cámara Civil, Comercial y Contencioso Administrativa de Río Cuarto, “Sacco c/ Municipalidad de Canals”, noviembre de 1992, *LL Córdoba*, 1994-376).

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha resuelto: “[...] La firmeza de un acto administrativo no puede ser destruida más tarde por el ejercicio del derecho de petición, ya que este no puede tener la virtud de abrir la reconsideración de actos definitivos y firmes, y menos aún de posibilitar el acceso a la revisión jurisdiccional después de haber consentido por largo tiempo la resolución administrativa que reproduce la misma declaración de voluntad que la de los actos impugnados”¹.

En dicha causa, tras un primer reclamo administrativo de la accionante tendiente a obtener el pago de las diferencias de haberes correspondientes al primer mes de aumento otorgado a los activos, la Caja denegó dicha pretensión fundada en una interpretación de la norma referida a la movilidad de las jubilaciones ya otorgadas.

El Tribunal Superior juzgó: “[...] Si lo resuelto por la Administración en el primer acto producía algún perjuicio a la beneficiaria, esta no debió dejar transcurrir los términos previstos legalmente para deducir los recursos necesarios y obtener de la autoridad administrativa competente para resolver en última instancia, el reconocimiento o denegación del derecho reclamado y acudir, en su caso, a la instancia judicial –Artículo 6° de la Ley N° 7.182– [...]”².

La actora asumió una actitud pasiva con relación a aquel primer acto administrativo, que, ciertamente, producía efectos jurídicos, ya que adquirió, así, la calidad de definitivo, firme y consentido.

Conforme a autorizada doctrina, el fundamento de excluir de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de resoluciones que versen sobre cuestiones ya resueltas por otra, que no hubiese sido impugnada por el mismo demandante en término oportuno, está en la propia naturaleza del derecho administrativo. “[...] Si un particular conoce una resolución administrativa que le afecta, y la consiente con su silencio, el poder público debe legalmente suponer que sus procederes se han reconocido como correctos. Los nuevos actos análogos que produzca, no serán sino la consecuencia de otros que ya han adquirido una fuerza tan eficaz, como la de la cosa juzgada en el derecho procesal ordinario; y, en ese caso, el particular que consintió los primeros actos no puede oponerse a los segundos [...]” (nota del Doctor L. V. Varela al Artículo 29 en “Código de Procedimiento de lo Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires”, de Salvador M. Dana Montaña, p. 240).

¹ TSJ Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia N° 18/1996, “Theaux de D’Intino [...]” – Recurso de Inconstitucionalidad.

² TSJ Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia N° 14/1994, “Theux de D’Intino [...]” – Recurso de Casación.

En la causa analizada, el objeto del primer acto administrativo, por su alcance, tornó inadmisibles las pretensiones hechas valer en el segundo reclamo, atento lo establecido en el Artículo 1º, inc. c) del CMCA. Ello así, por cuanto en la segunda petición la actora reedita su pretensión de cobro de las diferencias de haberes mediante un nuevo planteo circunscrito a una cuestión de puro derecho, sin invocar siquiera alguna circunstancia fáctica o jurídica distinta a la del primer reclamo que pudiera enervar así, los efectos del acto precedente.

En tal contexto, el segundo acto carece de la posibilidad de vulnerar un derecho subjetivo de carácter administrativo establecido anteriormente a favor de la actora, dado que ambos reclamos guardan identidad en cuanto al objeto de cada una de las pretensiones hechas valer por la beneficiaria –pago de las diferencias de haberes correspondientes al primer mes de aumento otorgado a los activos–, como así también en lo atinente al fundamento jurídico en que se apoyan.

“[...] Aun cuando las diferencias producidas con ‘posterioridad’ a las resoluciones denegatorias consentidas se refieren al ‘derecho al beneficio’, su irrenunciabilidad no habilita la reiteración de peticiones rechazadas en resolución firme. El acto de la Administración, que denegó anteriores pedidos análogos al actual, contiene una conclusión legal comprensiva no solo de las diferencias reclamadas en aquella oportunidad, sino de las que eventualmente se produjesen en el futuro, desde que se pronuncia sobre el alcance del derecho invocado por los peticionantes. Consentida esa resolución, su eficacia incluye dicha interpretación legal, sobre la cual el órgano jurisdiccional no puede volver sin violentar la necesaria estabilidad de las relaciones entre el administrador y el administrado. Así como la eficacia de la cosa juzgada, como acto de autoridad, se extiende necesariamente a sus fundamentos, cuando estos constituyen un antecedente lógico inseparable de lo dispositivo (cfr. Couture, E., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958, pp. 322-323), del mismo modo los alcances preclusivos de un acto administrativo consentido, en cuanto frustran su ulterior revisión judicial, comprenden la conclusión que en él se sienta sobre los derechos invocados por el administrado. La tesis opuesta habilitaría a los actores a reiterar inacabadamente el mismo planteo, frente a cada nueva aplicación de la norma que cuestionan, con obvio quebranto de la seguridad jurídica [...]”³.

Otra materia en la que el principio del informalismo atenuado no puede enervar el carácter perentorio de los plazos administrativos es en la referida a las impugnaciones de los actos administrativos de liquidación de las remuneraciones o salarios.

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en su Resolución N° 93, adoptada en el Acuerdo N° 91-Serie C, el 10 de junio de 1999, en un caso en el que se examinaban los agravios de los administrados –agentes y funcionarios del Poder Judicial– contra una norma de alcance general que había establecido una metodología de pago determinada, en función de la cual se habían liquidado y abonado los haberes de los impugnantes, precisó que la vía del reclamo administrativo es posible cuando no existe un acto precedente. Los pagos pertinentes comportan actos de ejecución del marco normativo anterior, ya que

³ TSJ Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia N° 18/1996, “Theux de D’Intino [...]” – Recurso de Inconstitucionalidad.

cristalizan en cada caso particular la voluntad del legislador. Mediante tales actos, se manifiesta intelectivamente al funcionario o empleado lo que en concreto le corresponde cobrar basándose en la ley respectiva. Existen, en definitiva, dos actos de trascendencia jurídica—la ley y el acto administrativo particular, que ejecuta en forma directa la voluntad legal—. Donde existe un marco legal general y actos de concretización frente a situaciones particulares, resultan viables los remedios recursivos correspondientes dentro de los plazos previstos legalmente.

Por lo demás, el criterio comentado ha sido expresamente seguido por la Procuración del Tesoro de la Nación en el Expediente N° 52.908/1996, “Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio y Culto”, dictamen de fecha 13 de octubre de 2000.

En esa misma orientación, en la causa “Serman”⁴ el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba dijo que la preclusividad de los plazos impugnatorios no responde solo al principio de seguridad jurídica o a la protección de terceros, sino también a la idea de eficacia de la Administración, la cual debe conocer el período de tiempo en que sus actos son impugnables y las consecuencias que de ello pudieran derivarse—cfr. doctrina de esta Sala *in re* “Gallardo, Rafael Nicolás c/ Caja de Jubilaciones [...]”, Sentencia N° 87/1998.

Uno de los sistemas jurídicos más avanzados en materia de revisión administrativa y judicial de los actos como es el alemán aplica rigurosamente este principio. En efecto, el Tribunal Constitucional Federal admite que los actos administrativos no impugnados en tiempo y forma son inatacables. El incumplimiento de la carga de impugnar y la seguridad jurídica que justifica los plazos del recurso administrativo constituyen los fundamentos de la jurisprudencia reciente, que subraya el interés constitucional por la firmeza del acto administrativo [cfr. BVerfGE 58, 300 (324); BVerfGE 60, 253 (270); Badura P. en Erichsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 410 y sigs.].

V. La tutela judicial efectiva y las formalidades procedimentales.

En sus efectos prácticos, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende: el acceso a la jurisdicción en forma amplia a todo aquel que invoque una situación jurídica subjetiva—derecho subjetivo, interés legítimo, intereses colectivos—, la sustanciación del proceso, de resultar admisible, su duración razonable y el cumplimiento de la sentencia.

En este sentido, afirma González Pérez⁵ que el derecho a la tutela judicial efectiva “desplegará sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el derecho de acceso al proceso; segundo, una vez en él, haciendo posible la defensa y la obtención de una solución en un plazo razonable; y tercero, una vez dictada la sentencia, al llegar la hora de hacer efectivos sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia”⁶.

⁴ TSJ Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia N° 52/2004, “Serman [...]”.

⁵ González Pérez, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa—Ley N° 29/1988*, T. I, Madrid, Civitas, 1998, 3ª ed., p. 17.

⁶ Sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva en la actualidad, ver excelente publicación de Perrino, Pablo, “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, en *Proceso Administrativo I*, Revista de Derecho Público, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 257 y sigs.

El contenido elemental de la tutela judicial efectiva es el derecho al acceso a la revisión judicial mediante las acciones procesales pertinentes, siempre que se cumplan los requisitos formales prescriptos por el orden jurídico vigente. La tutela judicial efectiva puede igualmente quedar satisfecha con la declaración de admisibilidad, siempre que exista base legal para ello y el juez lo disponga mediante una decisión fundada.

Con gran claridad, el Tribunal Supremo Español⁷ se ha pronunciado en este sentido: “Una decisión de inadmisión solo será constitucionalmente legítima cuando se apoye en la concurrencia de una causa a la que la norma legal anude tal efecto y se aprecie por el juez en aplicación razonada de la norma”. También ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva “exige del recurrente la diligencia necesaria para realizar, en tiempo y forma, las actuaciones que a su derecho convengan, sin que sea válido trasladar a los órganos judiciales la responsabilidad de los perjuicios que sus intereses sufran como consecuencia de su propia inacción; pues es la propia ley la que establece de forma clara y terminante que el incumplimiento de los requisitos exigidos determinará la inadmisión del recurso; [...] el derecho público subjetivo a la jurisdicción no significa tener derecho a una resolución favorable, sino el derecho a obtener una decisión fundada”⁸.

No obstante que las nuevas tendencias enfatizan “la pretensión” como el objeto del contencioso administrativo –como sucede en España con el nuevo Código Contencioso Administrativo, y en Argentina con los nuevos códigos de la materia, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires–, la mayoría de las legislaciones pertinentes de nuestro país y del extranjero establece que el objeto de la revisión es esencialmente el “acto administrativo”, tanto expreso como presunto. De allí que la jurisdicción contencioso administrativa es revisora de lo actuado en vía administrativa, en cuanto requiere la existencia previa de un acto administrativo.

Paulatinamente, es saludable la tendencia existente a ampliar el proceso contencioso administrativo al contenido de la pretensión que, de todos modos, se relaciona con la actuación administrativa y no solamente con los actos cuestionados. La jurisprudencia cordobesa marcha en este sentido amplio, rompiendo con los “rígidos moldes del contencioso administrativo referido exclusivamente al acto administrativo, estableciendo un verdadero proceso, en el que la materia de la acción ante la justicia es la pretensión que se deduzca con relación a los actos de la Administración pública y no solamente respecto de estos últimos”⁹.

Esta amplia doctrina propugnada es la más adecuada al grado de desarrollo del derecho administrativo, que, como una manifestación concreta del Estado de Derecho, se ubica y consolida en su hacer permanente en pos del interés general, porque a esa mayor potestad y penetrabilidad del comportamiento estatal debe adecuarse la tutela de los administrados con todas las garantías que les corresponden (cfr. Abad Hernando, Jesús, “Acción contencioso administrativa de plena jurisdicción: sentido y alcance en el Código de la Prov. de Córdoba”, con nota al fallo “Porvarchik c/ Municipalidad de Córdoba”, del 30-3-1973).

⁷ Tribunal Supremo Español, sentencia del 20-11-1992, Ar. 8912.

⁸ Tribunal Supremo Español, sentencia del 4-2-1994, Ar. 1388; Auto TS. sentencia del 13-5-1994, Ar. 4419.

⁹ TSJ Córdoba, Sentencia N° 76/2000, “Bencivenga c/ Caja de Jubilaciones [...]”; Sentencia N° 122/2000, “Suárez c/ Caja de Jubilaciones [...]”; entre muchas.

Debe quedar en claro que lo que pretende salvaguardar el principio de la jurisdicción revisora es que en sede judicial no se varíen las pretensiones formuladas en sede administrativa, pero nada impide que en el proceso se agreguen nuevas pruebas o se amplíen los fundamentos jurídicos.

Resulta interesante lo preceptuado por el Artículo 10 del Proyecto de Código Procesal Administrativo Nacional –dirigido por el destacado jurista Julio Comadira–, cuando dice: “No podrán articularse, en sede judicial, cuestiones no planteadas en sede administrativa, pero podrán deducirse las cuestiones no planteadas y resueltas, o las planteadas y no resueltas”.

La primera parte de la norma confirma la esencia de la jurisdicción revisora: no pueden introducirse nuevas pretensiones. La segunda parte implica que, cuando la Administración resuelva agregando cuestiones nuevas, no será necesario agotar, independientemente por ello, otra vez, la vía administrativa, sino directamente en el juicio, esgrimir lo necesario para su defensa. Por último, la norma refiere a aquellos casos que la Administración contesta parcialmente, en cuyo supuesto el accionante continúa en juicio con su pretensión originaria, es decir, incluyendo también lo no tratado por la Administración.

¿Qué sucede si la Administración rechaza el o los recursos interpuestos a fin de agotar la vía administrativa por inadmisibilidad formal? Antes era necesario iniciar un primer contencioso administrativo por ilegitimidad y, en caso de hacerse lugar a lo impetrado por el administrado, se condenaba a la Administración a emitir un nuevo acto entrando al fondo de la cuestión; recién entonces podía incoar otro contencioso administrativo.

Por suerte, este anacrónico criterio ha sido a todas luces superado¹⁰, y hoy se exige que el administrado explicita, en la primera parte de la demanda, las razones formales que justifican el correcto agotamiento de la vía y la ilegalidad de la Administración al desestimar formalmente el recurso administrativo. Una vez explicado tal aspecto y su agravio, debe el actor desarrollar los argumentos de fondo.

Interesante resulta destacar que también la jurisprudencia de Córdoba ha brindado adecuada protección a quienes invocan la presunción denegatoria tácita, sustentándose en que solo opera a favor del administrado. Cuando se configura el silencio de la Administración, debe interpretarse que no se distingue entre presentaciones procedentes o improcedentes, toda vez que se impone como una obligación inexcusable a cargo de la Administración resolver en todos los casos las peticiones de los particulares, razón por la cual, frente a su inobservancia, la demandada pierde la posibilidad de oponer excepciones motivadas en cuestiones formales sobre la incorrección en el agotamiento de la vía administrativa, lo que, en su caso, debe esgrimir oportunamente en su propia sede¹¹.

Por otra parte, la tutela judicial efectiva es amplia, en el sentido de que no puede haber ningún acto dictado en ejercicio de la función administrativa, susceptible de agraviar situaciones jurídicas tuteladas, que quede excluido del control judicial, incluso razones políticas o discrecionales.

¹⁰ Como sucede en Córdoba desde hace tiempo; Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación, causa “Grau y Cerrito”; Tribunal Superior de Justicia, causa “Sodicor”; entre otras.

¹¹ TSJ Córdoba, caso “Cabrera Paulí”, A.I 187/78.

La jurisprudencia de Córdoba se inordina en estos principios, cuando afirma que “no hay sanciones irrecurribles, por cuanto es inconcebible que, en el actual Estado de Derecho, que garantiza el acceso a la tutela judicial efectiva, existan reductos que impiden el control judicial del ejercicio de la potestad sancionatoria, aun cuando la sanción sea la menor”.

En el caso “Maghini, Nicolás c/ Tribunal de Disciplina de Abogados”¹², se sostuvo, en relación con el Artículo 87 de la Ley N° 5.805, que en forma expresa señala la irrecurribilidad de la sanción de apercibimiento público, que “[...] atento el actual desarrollo del Estado de Derecho y la plena vigencia del ‘derecho a la tutela jurisdiccional’ –Artículo 19, inc. 9° de la Constitución Provincial, y Artículos 18 y 95 de la Constitución Nacional–, es inconcebible la existencia de normas que consagran la irrevisibilidad judicial de actos administrativos susceptibles de agraviar la situación jurídica de los administrados”. En definitiva, se declaró inconstitucional el citado precepto y se revisó judicialmente la sanción aplicada.

Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre con alguna jurisprudencia nacional, no es aplicable en Córdoba la “teoría de la subsanación”, que implica la posibilidad de que en vía judicial se subsanen los vicios generados durante el desarrollo del procedimiento administrativo sumarial.

La jurisprudencia cordobesa, frente a graves violaciones del derecho de defensa o del procedimiento previo a la emisión del acto, no admite su subsanación en sede judicial, y declara en forma contundente la nulidad absoluta, tal como lo viene pregonando Gordillo¹³. De tal modo, la tutela judicial efectiva no implica subsanar los errores o irregularidades de la Administración, sino la revisión de la actividad administrativa a la luz del orden jurídico vigente.

Así, en la causa “Esteban, Elsa c/ Provincia de Córdoba – Plena Jurisdicción – Recurso de Apelación” –TSJ Córdoba, Sentencia N° 12, de fecha 4 de julio de 1996, Doctores Sesin, Lafranconi, Tarditti–, la Administración postulaba que, al haberse aplicado una sanción leve, no era necesario el cumplimiento del debido proceso como paso previo a la aplicación de la sanción.

En esa oportunidad, enfáticamente juzgué que la imposición de una sanción presupone el respeto ineludible del principio fundamental del debido proceso –descargo o sumario, según el caso.

Si el procedimiento administrativo constituye siempre una garantía jurídica, este carácter adquiere especial importancia cuando se trata del trámite cuyo objeto es la imposición de una sanción administrativa. En efecto, la Administración no puede sancionar sin la previa instrucción de un procedimiento encaminado a comprobar la infracción, que respete el principio axiológico fundamental del debido proceso adjetivo del Artículo 18 de la Constitución Nacional, Artículos 5° y 9° de la anterior Constitución de Córdoba y Artículo 23, inc. 13 de la actual.

¹² Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de Córdoba, A.I. Núm. 103, del 14 de junio de 1991, Jueces: Sesin, Carranza, Molina.

¹³ Gordillo, Agustín, en su conocido y ponderado *Tratado de Derecho Administrativo* y demás obras del autor.

La circunstancia de que las normas estatutarias autoricen la aplicación de sanciones menores sin sumario previo en los casos de fácil acreditación objetiva de la falta imputada o de leves infracciones no empece la ineludible obligación de resguardar el derecho de defensa a través del descargo, exista o no una norma que expresamente lo establezca, ya que, aun en ausencia de ella, el debido proceso constituye un principio constitucional de obligatorio acatamiento.

El descargo presupone un procedimiento reducido tendiente a tutelar el derecho de defensa y a facilitar nuevos elementos de juicio a la Administración. Empero, si bien no requiere la formalidad propia del procedimiento sumarial, sin embargo, debe resguardar, aunque mínimamente, el cumplimiento de los siguientes aspectos: derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a una decisión fundada. Todo ello en el marco sumarísimo que la naturaleza de ese trámite implica.

Si el “debido proceso previo” mediante el descargo no se cumple, constituye una transgresión que fulmina la juridicidad del acto impugnado, por cuanto se ha contrariado el orden jurídico vigente por violación de los principios que informan el procedimiento para su dictado (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II-B, p. 332 y sigs.; Fiorini, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, T. I, p. 511 y sigs.; Zanobini, G., *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, p. 400 y sigs.; Sandulli, A., *Manuale de Diritto Amministrativo*, p. 470 y sigs.).

Tal deficiencia del procedimiento adquiere especial trascendencia anulatoria en razón de que los recursos posteriores a la sanción no convalidan la omisión del debido proceso adjetivo previo.

El derecho disciplinario moderno, enmarcado en los principios constitucionales de las nuevas Constituciones, no consiente la posibilidad de la subsanación de los defectos del procedimiento en la vía recursiva administrativa o en la posterior instancia de revisión judicial.

En efecto, el recurso es una impugnación de un acto administrativo ante un órgano de ese carácter, que obviamente se interpone *a posteriori* de la imposición de la sanción. Su objetivo es agotar la vía administrativa como paso previo a la judicial, procurando, generalmente sin sustanciación, la revisión de un acto ya dictado. Nada tiene que ver con el debido proceso, que procura tutelar una garantía constitucional clarificando la comisión de los hechos y la determinación de las responsabilidades.

Su omisión significaría colocar al personal en una evidente situación de indefensión, puesto que le privaría de la posibilidad de destruir en el momento oportuno las falsas imputaciones que le pudieran hacer, convirtiendo, de esa forma, en ilusorias las garantías de acierto y ecuanimidad de la sanción a dictarse.

Lo que pretende el debido proceso es el respeto de su contenido con anterioridad a la sanción misma. De allí que la Constitución dice “sumario previo” antes de la cesantía. En definitiva, no es lo mismo garantizar el debido proceso previo que el acceso al control administrativo a través de la vía recursiva. Son dos temáticas diferentes.

En esta línea jurisprudencial se orienta la reciente doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el Acuerdo de fecha 16 de febrero de 2005 en la causa “Caselli, Juan Carlos c/ Provincia de Buenos Aires –Inst. de Loterías y Casinos–. Demanda contencioso administrativa”.

En el caso, el administrado impugnó el acto de su cesantía esgrimiendo que en su declaración ante el instructor del sumario no se le hicieron conocer las causas que motivaron la iniciación de la investigación ni la responsabilidad que se le atribuía, como así también que las declaraciones testimoniales fueron practicadas sin habersele notificado previamente de su realización o corrido traslado de ellas, y que tampoco se le dio oportunidad de alegar una vez producido el informe del instructor, en violación a lo dispuesto por los Artículos 43, 45, 46 y 89 del Decreto N° 1.798/1980.

El representante de la Fiscalía de Estado, al responder esos reproches relativos a la indefensión aducida por el actor, planteó que este no ha indicado cuál habría sido concretamente el agravio producido por las infracciones invocadas. Asimismo, expresó, con cita de precedentes del Tribunal, que no puede considerarse conculcado el derecho de defensa si el afectado tiene en la posterior acción judicial la oportunidad de presentar su defensa y ofrecer la prueba de descargo en pro de sus pretensiones (doctr. de las causas B.46.590, “Almazan”, sentencia del 13-6-1972, “Acuerdos y Sentencias”, 1972-II-99; B.46.679, “Cáceres”, sentencia del 4-6-1974, “Acuerdos y Sentencias”, 1974-II-79; entre otras).

El Tribunal, por mayoría, a través del voto del Doctor Soria, señaló que, en reiterados pronunciamientos, esta Suprema Corte ha sostenido: “[...] el cuestionamiento de una resolución administrativa, fundado en los vicios evidenciados en el procedimiento, en principio, se halla excluido de su conocimiento, por cuanto en esta jurisdicción el afectado puede ejercer su defensa y probar las irregularidades incurridas por la entidad pública. No obstante, tal criterio cede paso cuando la irregularidad en el trámite previo al acto administrativo configura un atentado irreparable al derecho de defensa –doctr. de las causas B.48.976, ‘Fernández’, sentencia del 19-6-1984; B.55.872, ‘Pretto’, sentencia del 20-4-1999; B.53.911, ‘Moyano’, sentencia del 7-3-2001; entre muchas otras– [...]”.

El Doctor Soria expresamente remarcó que no compartía aceptar como principio general que la ilegitimidad del trámite administrativo es subsanable en sede judicial –cfr. Linares, Juan F., “La garantía de defensa ante la Administración”, *LL*, 142-1137.

Para ello, sostuvo: “[...] en un Estado de Derecho, el principio de legalidad impone a las Administraciones públicas un obrar consistente con el ordenamiento jurídico –doctr. de las causas B.56.364, ‘Guardiola’, sentencia del 10-5-2000; B.54.852, ‘Pérez’, sentencia del 10-5-2000; B.55.010, ‘Chaina’, sentencia del 2-7-2000; entre otras–. Desde esa perspectiva, el adecuado cumplimiento del procedimiento configura un elemento inherente a la legitimidad del acto administrativo –cfr. Artículo 103 del Decreto Ley N° 7.647/1970– [...]”.

Asimismo, puntualizó: “[...] entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, no es dable interpretar la existencia de una relación de continuidad, en la que la indefensión producida en el primero pueda solucionarse en el segundo [...]”.

No obstante que en este precedente la Corte no acepta la posibilidad de subsanar en el proceso judicial irregularidades en el procedimiento, sin embargo, analiza: “[...] no se trata de sostener que cualquier irregularidad en el procedimiento, por intrascendente que fuere, ha de proyectar inexorablemente sus consecuencias invalidatorias. Lo que interesa destacar en función de las razones expuestas apunta a otro propósito. Así, cuando en el caso enjuiciado se advierte la inobservancia o el quebrantamiento de trámites esenciales del procedimiento administrativo, la invalidez consecuente de la decisión no resulta –en principio– susceptible de ser saneada, ante el ejercicio eventual de una pretensión anulatoria judicial por parte del afectado [...]”.

Recordando la doctrina elaborada por el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación, señaló: “[...] Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha mantenido una postura uniforme sobre el punto, aceptando en ocasiones la posibilidad de la subsanación –*Fallos*: 290:293; 296:106; 311:56; 315:954– y rechazándola en otras –*Fallos*: 295:726; 302:283–, en reciente pronunciamiento, por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, se ha expedido ponderando el valor invalidante de la omisión de trámites esenciales del procedimiento administrativo –‘Adidas Argentina y otros c/ Estado Nacional s/ amparo Ley N° 16.986’, sentencia del 21-5-2002, *ED*, Suplemento D. Administrativo, del 28-6-2002– [...]”.

En un sentido análogo, la Suprema Corte de Buenos Aires había invalidado “[...] un acto relativo a la interpretación de una prohibición legal que había sido emitido sin el dictamen jurídico previo, trámite reputado esencial –causa B.64.413, ‘Club Estudiantes de La Plata c/ Municipalidad de La Plata s/ amparo’, sentencia del 4-9-2002– [...]”.

No obstante enrolarse en la posición negatoria de la subsanación judicial de los vicios del procedimiento administrativo, en el caso se rechazó la demanda del actor, por considerar que “[...] la mera invocación de violación del derecho de defensa en el procedimiento administrativo no habilita, sin más, a invalidar la decisión de la autoridad, si el recurrente –como ocurre en el *sub lite*– no ha cuestionado en forma oportuna y eficaz la validez de la prueba en que se fundó la imputación, y ha omitido el uso de los medios probatorios que el ordenamiento ponía a su alcance para desplegar su actividad defensiva [...]”.

El repaso de los argumentos centrales de este fallo, que descarta la posibilidad de la subsanación de los vicios esenciales del procedimiento en la instancia de revisión judicial, patentiza a las claras que el derecho a la tutela judicial efectiva está sustancialmente vinculado al cumplimiento de las formas y formalidades del procedimiento de emisión e impugnación de los actos administrativos.

Ahora bien, la jurisprudencia de Córdoba, que comentamos con remisión a lo resuelto en la causa “Esteban, Elsa [...]”, asegura la plenitud de ese derecho a la tutela judicial efectiva, pues las irregularidades del procedimiento administrativo determinan su nulidad; ello así, independientemente de la mayor o menor reparabilidad del daño causado al derecho al debido proceso adjetivo en el curso del procedimiento administrativo mismo.

De allí que, advertido el Tribunal de un vicio en el procedimiento que impacta perjudicialmente sobre cualquiera de los actos previos al dictado de la sanción –formulación de la acusación y pliego de cargos, audiencia o descargo previo, ofrecimiento y sustan-

ciación de las pruebas, vistas o intimaciones necesarias previas, oportunidad para alegar, intervención previa y necesaria de órganos consultivos de la Administración, etcétera–, la nulidad del acto se declara con independencia de la mayor o menor reparabilidad del daño derivado por la restricción del derecho al debido proceso de que el administrado pueda prevalerse, ya sea en las vías administrativas impugnatorias o en la posterior instancia de revisión judicial.

De lo contrario, ocurriría que, no obstante defender la tesis de la no subsanabilidad de las irregularidades del procedimiento, en los hechos, solamente serían determinantes de su nulidad no ya aquellas inobservancias a las formas y formalidades establecidas por el legislador para el dictado del acto, sino solamente aquellas que se estimen esenciales, dejando a criterio del juzgador la determinación de los casos concretos que encuadrarían en esta calificación jurídica.

VI. El formalismo atenuado en la actividad recursiva. Aspectos formales subsanables.

Sabido es que el “informalismo” constituye un principio rector del procedimiento administrativo, que responde a una larga tradición doctrinaria y jurisprudencial de nuestro país, y que ha sido receptada normativamente a través del Artículo 9° de la Ley de Procedimiento Administrativo de Córdoba N° 5.350 (t.o.), concordante con el Artículo 1°, inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo Nacional N° 19.549.

Este principio que, como ya hemos dicho, juega siempre a favor del particular interesado –administrado–, constituye una de las grandes diferencias que separa el procedimiento administrativo del proceso judicial, extendiendo sus efectos a cualquier actividad del órgano administrativo. Este postulado adquiere especial relevancia si tenemos en cuenta que el procedimiento administrativo constituye la antesala necesaria del proceso que eventualmente se inicie cuestionando los actos de la Administración. Lo señalado guarda estrecha relación con el principio *in dubio pro accione*, que responde a una mejor tutela del derecho de defensa del administrado.

La relación existente entre el “procedimiento administrativo” y el “proceso contencioso administrativo” radica en la existencia de un acto administrativo, de una decisión de la Administración, como requisito previo para poder agotar la vía administrativa y deducir una pretensión procesal, en el marco del Artículo 178 de la Constitución de Córdoba.

Ello permite entender al “procedimiento administrativo” como presupuesto procesal, desde el momento en que el que va a demandar a la Administración ante el órgano jurisdiccional ha de acudir primeramente a ella, a fin de que se pronuncie respecto de su pretensión a través del correspondiente acto, dejando abierta la posibilidad de la impugnación procesal. Es por ello que el respeto del “debido proceso adjetivo” en el procedimiento administrativo tiene su lógica consecuencia dentro del proceso contencioso administrativo, máxime en lo que concierne a la admisibilidad de este último, a partir de las peculiares reglas que lo rigen.

Sin embargo, este principio no es aplicable en igual intensidad al “procedimiento administrativo recursivo”, cuya esencia es eminentemente “formalista”, salvo norma expresa o razonablemente implícita que lo autorice.

En este sentido, el Artículo 79 de la LPA provincial dispone expresamente: “Podrá darse curso a los recursos, aunque fuesen erróneamente designados, cuando de su contenido resulte indudable la impugnación del acto”.

De allí se infiere con facilidad que en la interpretación de esta problemática debe primar la intención o voluntad recursiva, aun cuando no se haya observado el cumplimiento de formalidades no esenciales que puedan ser suplidas posteriormente; con mayor razón cuando en la especie es la propia Administración pública quien ha omitido cumplir con su deber, el cual es incorporar el sello y aclaración del “cargo” de recepción del ensayo recursivo.

Este principio de morigeración del formalismo en la instancia impugnativa concuerda con las diversas alternativas que prescribe flexiblemente el propio Artículo 31 de la Ley N° 5.350 (t.o.) respecto de las formalidades exigidas para la presentación de escritos en sede administrativa.

En este orden de ideas, nos inclinamos por una posición amplia a la hora de meritarse los requisitos formales que deben contener los escritos, conforme lo preceptúa el Artículo 31 de la Ley N° 5.350 (t.o.).

Es dable señalar que, en el caso, debe apuntarse a la simplicidad del sistema y no considerarse al procedimiento administrativo, y –en particular– al cumplimiento estricto de las formas, como un verdadero camino de obstáculos y de trampas puestas para impedir el acceso a la tutela judicial.

Este marco interpretativo no puede ser invocado por la Administración para eludir facultades que le son inherentes.

Una interpretación excesivamente formalista podría resultar perniciosa para una correcta administración, frustrando remedios procesales merecedores de amplio amparo. Este debe ser entendido en favor del administrado, pues traduce la regla jurídica del *in dubio pro actione*, o sea, la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción para asegurar, en lo posible, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento.

El recurso ante los tribunales judiciales integra la garantía de la defensa en juicio. Por ello, la privación del uso del recurso debe ser resultado de una situación insusceptible de toda interpretación, que la haga compatible con el ejercicio del derecho constitucional al debido proceso y a la jurisdicción.

El formalismo que gobierna el procedimiento administrativo es “moderado”, y no puede resultar más rígido que el que las leyes prescriben para el proceso judicial. La flexibilidad que debe otorgarse a la interpretación del Artículo 31 citado, en consonancia con el aludido “informalismo”, se vuelve imprescindible cuando se trata de la acción constitucional de amparo por mora contenida en el Artículo 52 de la Constitución Provincial, y esta es la solución que mejor se compadece con los principios y las garantías de rango constitucional.

Frustrar la posibilidad de utilizar este remedio constitucional en contra de la inactividad de la Administración, por una pura razón de forma, superable por una interpretación flexible de la norma aplicable al caso, significa anteponer la letra al espíritu, lo ritual y formal a lo material; lo material representado en el derecho a una decisión “expresa” de la Administración frente a la interposición de un recurso –apelación– en contra de una resolución adversa al administrado. Ello es así, máxime cuando es la propia Administración quien incurrió en la omisión de cumplimentar las formalidades pertinentes.

La “improlijidad” observada por la Administración no puede convertirse en un salvoconducto que, en definitiva, la favorezca, frustrando, de esta manera, las garantías de los administrados.

En otras circunstancias, por ejemplo, cuando el recurrente no acompañe el poder pertinente, en el escrito se omita la firma del letrado cuando la norma lo exija, falte la documentación apropiada, no indique el domicilio, entre otras cuestiones, no generan la inadmisibilidad del recurso por configurar típicas cuestiones formales no esenciales que pueden ser subsanadas con posterioridad.

En general, las normativas del procedimiento administrativo admiten expresa o implícitamente que el principio de informalismo se aplica en los siguientes casos:

1) Cuando el interesado no nombre el recurso, debe considerarse que ha interpuesto el legalmente correspondiente –Artículo 81, RLNPA.

Así lo ha resuelto el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba al precisar que¹⁴ el Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo de Córdoba dispone expresamente: “[...] podrá darse curso a los recursos, aunque fuesen erróneamente designados, cuando de su contenido resulte indudable la impugnación del acto”. De ese precepto se infiere con facilidad que en la interpretación de esta problemática debe primar la intención o voluntad recursiva, aun cuando no se haya observado el cumplimiento de formalidades no esenciales que puedan ser suplidas posteriormente.

Es dable propiciar una posición amplia a la hora de meritar los requisitos formales que deben contener los escritos, conforme lo preceptúa el Artículo 31 de la Ley N° 5.350 (t.o.).

En el caso, debe apuntarse a la simplicidad del sistema y no considerarse al procedimiento administrativo, y –en particular– al cumplimiento estricto de la formas, como un verdadero camino de obstáculos y de trampas puestas para impedir el acceso a la tutela judicial (en el mismo sentido, “[...] Toranzo c/ [...]”, Sentencia N° 55/2001; ver Sesin, Domingo, “El Procedimiento Administrativo en Córdoba”, en *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998).

En el caso se morigeró el principio general que rige en materia recursiva –Artículo 80 de la Ley N° 6.658– en favor del administrado, atento que:

¹⁴ TSJ Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia N° 107/1998, “Garelli, Gabriela I. c/ [...]”; Sentencia N° 98/2001, “Faure, Héctor Augusto [...]”.

a) El propio texto del escrito impugnativo autoriza a interpretar razonablemente que, si bien fue designado como reclamo administrativo, de su contenido se desprende un alcance mayor al de una mera solicitud de encasillamiento o de una simple rectificación de un error de cálculo en la base del haber previsional, ya que, en realidad, el actor peticionaba la modificación de uno de los elementos constitutivos de su “estatus jubilatorio”, invocando, a tal efecto, las Sentencias N° 89/1995 y N° 36/1997, que le otorgaban el derecho adquirido al encasillamiento en calidad de activo en el cargo de Jefe de Departamento, dictadas ambas resoluciones con fecha posterior a la obtención del beneficio jubilatorio –22-10-1992– y, consecuentemente, devenidas temporalmente en hechos novedosos.

b) Tanto en oportunidad de interponer pronto despacho administrativo como en la demanda judicial, el administrado habla de “revisión” y, así, se desprende de la vista de causa de la sentencia recurrida.

c) La vía contencioso administrativa se habilitó por denegatoria presunta de la Administración. Consecuentemente, al *Judex a-quo* correspondía meritar el alcance de la pretensión, sobre la base del contenido del acto denegatorio presunto, que se vincula necesariamente a los términos del escrito impugnativo en cuestión.

2) Cuando el interesado haya nominado incorrectamente el recurso, también debe darse el trámite que corresponda legalmente –Artículo 81, RLNPA.

3) Cuando existan dudas sobre su voluntad de impugnar, debe presumirse que su presentación en discrepancia con lo resuelto por la Administración es un recurso.

4) Cuando presente el escrito ante una autoridad incompetente, debe encaminárselo por la vía apta, salvo situaciones extremas, como ocurriría si el recurso claramente debe presentarse ante el Poder Ejecutivo y se interpone ante el Poder Legislativo. Dispone, al respecto, el Artículo 1º, inc. 7º de la LNPA: “[...] la interposición de los recursos administrativos interrumpirá el curso de los plazos, aunque aquellos hubieran sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o hubieran sido deducidos ante órgano incompetente por error excusable”.

5) Cuando no resulta clara la fecha de presentación del recurso o la fecha de notificación del acto respectivo, debe considerarse como presentado en tiempo y forma. Incluso, muchas veces las notificaciones no se producen en legal forma; como, por ejemplo, la carta certificada por aviso de retorno no es un medio correcto, por cuanto no permite conocer el contenido del acto.

Ha señalado la jurisprudencia –CNFed., Sala III, “EDESUR c/ENRE”, del 2-4-1996– que, si bien es “verdad que en el procedimiento administrativo reina el informalismo, este no puede llegar al extremo de que las peticiones de los administrados se formulen con tal laxitud y vaguedad que la Administración no tenga elementos de juicio suficientes para acceder o denegar lo solicitado”. Es decir, debe existir un estándar mínimo que el escrito y la actuación del administrado deben cumplimentar.

Cuando se advierta una deficiencia formal subsanable, el administrado debe ser intimado a cumplimentarla dentro del plazo perentorio que se le fije, bajo apercibimiento de desestimación del recurso. Asimismo, el Decreto N° 229/2000 prescribe la colaboración de

la Administración con los administrados, ayudándolos en sus trámites y requisitos –Artículo 2º, inc. b)– (ampliar en Gordillo, Agustín, *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, p. 22).

La morigeración de las formalidades también se advierte en el procedimiento administrativo respecto de la ampliación de las medidas probatorias aun vencido el plazo, la impulsión de medidas oficiosas, la ampliación de argumentos antes del dictado del acto, la agregación de nuevos documentos. En todos los casos, debe respetarse el principio de igualdad frente a varios impugnantes y el interés público.

El vencimiento de los plazos tiene un rigorismo formal más acentuado. En cambio, el ofrecimiento de pruebas como la ampliación de los fundamentos defensivos, acusan mayor atenuación formal.

Ante casos de duda respecto de si carece o no de la legitimación necesaria para interponer un remedio administrativo, debe privilegiarse el principio *pro actione*.

El principio del formalismo moderado también debe aplicarse cuando existan dudas respecto de la legitimación invocada por el recurrente, y corresponde, aun cuando ella sea mínima, admitir el recurso resolviendo el fondo de la cuestión.

A veces, deslindar en la primera etapa del proceso la acreditación de la preexistencia de la situación jurídica vulnerada es una cuestión muy compleja cuando se encuentra íntimamente ligada a la cuestión sustancial, por lo que, en caso de duda, debe dirimirse con el fondo de la cuestión al momento de la sentencia.

Así se ha pronunciado la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación en autos “Fernández Gez c/ Provincia de Córdoba” el 18-11-1987, y en idéntico sentido el TSJ de Córdoba en la sentencia del 23 de mayo de 1996 en autos “Torres, Sergio c/ Provincia de Córdoba”. Aquí se sostuvo que la carencia de la situación jurídica esgrimida solo debía declararse cuando surgiera en forma clara, evidente y ostensible, y que correspondía, en caso de duda, aplicar el criterio *in dubio pro habilitate instantiae*.

La excepción de incompetencia del Tribunal, fundada en la inexistencia de la preexistencia de alguna de las situaciones jurídicas tuteladas, solo debe ser tratada como de artículo previo; esto evita los efectos nocivos de la tramitación de la casi totalidad del pleito, para recién en el momento de la sentencia pronunciarse por la inadmisibilidad de la situación jurídica invocada.

Con el objeto de reafirmar este criterio, es menester que los códigos de la materia dispongan expresamente que, cuando este requisito procesal está íntimamente vinculado a la cuestión de fondo, no corresponde al Tribunal pronunciarse en la primera etapa de consideración de la admisibilidad: dicho análisis ha de trasladarse al momento de la emisión de la sentencia como problemática de fondo.

Con relación al depósito, cuando se recurren actos de adjudicación en procesos licitatorios, es dable suprimir el rigorismo formal excesivo que muchas normativas parecen consagrar con montos exagerados o interpretaciones inadecuadas de la Administración.

Así, en la Sentencia Nº 61 de la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de la Ciudad de Córdoba en autos “Mayorista Libertad S.R.L. c/ Municipa-

alidad de Córdoba” –cuyo primer voto me pertenece–, se resuelve acerca de la invalidación de la incautación del depósito de garantía de la impugnación, constituido por la firma Mayorista Libertad S.R.L.

La empresa mencionada se presentó a la licitación pública municipal destinada a la provisión de leche entera en polvo en el área de salud pública. Desde el punto de vista económico, la oferta más baja fue presentada por la actora. Sin embargo, una vez evaluadas las ofertas, la Comisión de Preadjudicación se expidió rechazando la citada oferta debido a que el producto presentado por esta empresa no cumplía con lo dispuesto por el Artículo 567 del Código Alimentario Argentino, por no ser envasado en origen y no ser leche instantánea. Se seleccionó, en definitiva, a la firma Abolio y Rubio S.A., que presentó una oferta total con una diferencia de 165.000 pesos superior a la que formuló la actora.

La referida preadjudicación fue impugnada por la firma Mayorista Libertad. *A posteriori*, se emite el decreto que adjudicó a Abolio y Rubio, rechazó la impugnación formulada por la actora e incautó el depósito de garantía de impugnación constituido por esta.

Mayorista Libertad solo cuestionó lo referido a la incautación del depósito de garantía de impugnación.

En tal oportunidad, en el fallo referido se dijo: “[...] las nuevas normas constitucionales fortalecen, además del principio de juridicidad en la Administración, la publicidad de los actos y, por ende, su motivación, la colaboración de los administrados en el accionar administrativo, el sistema de selección con una amplia concurrencia en materia de contrataciones, la igualdad de oportunidades, la prohibición de todo tipo de discriminación, privilegios, monopolios abusivos, exceso de rigor formal y todo tipo de irregularidad administrativa, resguardando, en todo caso, la tutela judicial efectiva –Artículos 7º, 8º, 9º, 15, 19, 20, 22, 49, 67, 74, 174, 176 y concordantes de la Constitución de Córdoba– [...]”.

“[...] De fundamental importancia para la interpretación del *sub examine* reviste lo preceptuado por el Artículo 176 de la Constitución Provincial cuando dispone que la Administración pública provincial y municipal sujeta su actuación a la determinación oficiosa de la verdad con celeridad, economía, sencillez en su trámite, determinación de plazos para expedirse y participación de quienes puedan verse afectados en sus intereses, mediante procedimiento público e informal para los administrados”.

“De allí, entonces, la prevalencia de tales principios a fin de evitar todo tipo de medidas restrictivas que limiten la participación de quienes resulten afectados en el trámite administrativo, ya que es obligación garantizar un procedimiento público e informal, sujeto a la determinación de la verdad jurídica objetiva, con celeridad, economía y sencillez en su trámite. Esta interpretación amplia, a fin de permitir a los interesados el control ante la Administración de los actos estatales, se relaciona con lo dispuesto por el Artículo 49 de la Constitución cuando también garantiza un amplio acceso a la justicia al expresar que no puede limitarse su intervención por razones económicas”.

“Es decir que, conforme a la teleología constitucional, deben impedirse aquellas posturas interpretativas extremas que desalienten la participación del administrado en el control administrativo y judicial”.

“[...] Repasando brevemente la plataforma normativa de autos, es dable advertir que el Artículo 13 del Pliego de Condiciones Generales que reguló la licitación, dispone: ‘[...] Los oferentes podrán impugnar fundadamente la preadjudicación dentro del plazo de 2 –dos– días contados desde el vencimiento de los anuncios de preadjudicación; al presentar la impugnación, el interesado deberá constituir un depósito de garantía equivalente al 1% –uno por ciento– del valor del o de los renglones impugnados [...]’, y agrega: ‘[...] Las impugnaciones totalmente infundadas podrán ser consideradas como infracción y harán pasible al responsable de las sanciones previstas en el Decreto N° 3.767/C/1973’. A su vez, este último Decreto N° 3.767/C/1973 dispone en el Artículo 2.7.9: ‘[...] En caso de que la impugnación resulte fundada, dicho depósito de garantía será devuelto una vez resuelto el caso por la autoridad competente y a su solicitud [...]’”.

“La interpretación del sentido y alcance de este cuadro normativo nos permite inferir con claridad que el rechazo de una impugnación por la Administración no implica la pérdida automática del depósito referido, por cuanto es necesario evaluar *a priori* si la misma resulta ‘totalmente infundada’. Para ello, la Administración debe fundamentar, es decir, motivar explícitamente las razones por las que considera ‘totalmente infundada’ la impugnación presentada por el interesado [...]”.

“La literalidad de la norma y su principología en el nuevo marco constitucional postulan una interpretación estricta. En consecuencia, su automaticidad no es tal, es decir, no es derivación directa del rechazo de la impugnación, por lo que es inexorable su motivación autónoma. [...] El detenido análisis de los actos cuestionados pone en evidencia la absoluta carencia de motivación [...]”.

“El concepto jurídico indeterminado ‘totalmente infundado’ significa, en el contexto aplicable, que el basamento de la impugnación sea notoriamente carente de sustento, con meras intenciones obstruccionistas, dilatorias, entre otros aspectos. En consecuencia, el sentido de la norma es desalentar la presentación de aquellas impugnaciones que sin un fundamento verdadero tiendan a obstaculizar el procedimiento de selección, perjudicando, de tal forma, al interés público. Es por ello que para la norma no basta que la impugnación solo sea ‘infundada’, sino que es necesaria su ‘total’ falta de fundamentación. Este último requisito en modo alguno acaece cuando, como sucedió en autos, se pretendió defender la oferta más ventajosa económicamente, que, aun adoleciendo del incumplimiento de algunos requisitos reglados, no obstante, era apta para cumplimentar el interés público específico –ya que la leche ofertada servía para el consumo–. Si bien la Administración pudo tener correctas razones para rechazar la impugnación, no alcanzan para reputar infundada la misma, menos aún considerarla ‘totalmente infundada’”.

En definitiva, no compartir un razonamiento determinado no implica automáticamente considerarlo “infundado”, ya que bien puede estar “fundado” aunque no lo sigamos.

Aceptar el criterio de la automaticidad de la pérdida del depósito con el rechazo de la impugnación implicaría desalentar la presentación de cuestionamientos, que muchas veces sirve para promover una auténtica juridicidad administrativa, detectando posibles vicios que la Administración está a tiempo de corregir. Téngase presente que la “preadjudicación” es un mero acto preparatorio de la Administración y que las observaciones

que presenten los administrados en tal etapa comportan, en general, una real colaboración, a fin de poner en evidencia posibles deficiencias legales, administrativas o técnicas que la autoridad no haya advertido.

En consecuencia, facilitar el acceso a la revisión y control, además de cumplimentar un principio constitucional, constituye una política de buena administración en pro de resguardar aún más la transparencia y eficiencia del accionar administrativo.

En España, al igual que lo que sucede en nuestro país, se viene sosteniendo, con relación a la facultad de la Administración de imponer multas –sentencias del Tribunal Supremo del 6 de marzo de 1997 y del 8 de febrero de 1998–, que no es necesario realizar previamente un expediente sancionador, toda vez que las penalidades son multas contractuales y se hallan previstas en el pliego de cláusulas administrativas (*Revista Justicia Administrativa*, N° 1, Valladolid, Lex Nova, octubre de 1998, p. 101). Por cierto, ello no enerva la obligación de motivar el acto administrativo pertinente, como lo hemos relatado al hacer referencia a la jurisprudencia cordobesa.

Incluso cuando los plazos para interponer los recursos sean demasiado breves en función de lo que se debe recurrir, es posible plantear la antijuridicidad del plazo basándose en los principios constitucionales y pactos internacionales. La jurisprudencia ha señalado, al respecto: “Frente a una sanción de tal magnitud como lo es la cesantía, y no obstante el informalismo del procedimiento administrativo, el agente debe contar con un plazo razonable que le permita fundar adecuadamente el recurso deducido contra esa medida separativa. Ello así, la exigencia de deducir el recurso de revocación dentro del plazo de 24 horas computadas a partir de la notificación del acto, torna ilusorio el derecho de defensa de aquel, toda vez que, sin duda alguna, en ese breve período no se pueden razonablemente debatir los fundamentos dados por la Administración en oportunidad de disponer su baja” –CS, “Parra de Presto”, noviembre de 1993, *LL*, 1994-A, p. 39.

VII. Procedimientos contradictorios. La selección del contratista.

La posibilidad de que en el procedimiento administrativo se discutan diversos intereses en pugna proporciona, en un marco de colaboración, mayores elementos útiles para llegar a la mejor decisión administrativa, por lo cual debe preservarse siempre el principio de igualdad. Ello configura el principio de contradicción explicitado claramente por García de Enterría y Fernández¹⁵.

Laura Monti¹⁶ nos introduce en la difícil problemática de la aplicación del principio del informalismo en el ámbito de los procedimientos de selección del contratista.

¹⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1986, p. 398.

¹⁶ Monti, Laura, “El principio del informalismo en el procedimiento administrativo”, en *Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 37 y sigs.

Gordillo sustenta una postura amplia reforzando el principio de concurrencia, a fin de que la Administración tenga mayores posibilidades para analizar, entre muchas ofertas, la más conveniente. En tal sentido, afirma que una oferta que tenga defectos formales no esenciales no puede ser declarada inadmisibile. Solo puede disponerse su exclusión cuando tiene vicios que “atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio, es decir, que violan sus principios fundantes, por ejemplo, por impedir la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas”¹⁷.

Es decir, propicia la subsanación de las ofertas que tengan errores o meras deficiencias formales a fin de que puedan ser comparadas con las demás. En cambio, las que posean vicios sustanciales en el objeto dificultando su comparación deben ser desestimadas.

Esta postura tiene gran contenido tuitivo en pro del interés público.

Julio Comadira (Comadira, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública*, *op. cit.*, p. 29) y Laura Monti (Monti, Laura, “El principio del informalismo en el procedimiento administrativo”, cit. en nota N° 16, pp. 38-39) sostienen que debe evitarse aplicar el principio del informalismo cuando se facilite un uso desmedido de las llamadas “preadjudicaciones condicionadas”, postergando, en virtud de condiciones suspensivas, el cumplimiento de determinados requisitos exigidos por los pliegos, esenciales o no esenciales.

Los pliegos licitatorios establecen los requisitos catalogados como esenciales, cuyo incumplimiento genera la inadmisibilidad de la oferta como, asimismo, hacen referencia a otras condiciones no esenciales, sin establecerse qué ocurre en caso de incumplimiento. Es obvio que, para los primeros, el principio del informalismo no rige, salvo que se ocasione un ritualismo grosero que se aparte de los verdaderos intereses de la Administración o una desviada interpretación sistemática del orden jurídico. En el segundo caso puede ser aplicado el formalismo moderado en la medida que respete la igualdad de trato con los demás oferentes, y siempre que contribuya a estimular el principio de concurrencia y transparencia.

Esta atenuación del principio del informalismo en el procedimiento especial llevado a cabo para la selección de la oferta más conveniente no obsta a los criterios amplios en materia de legitimación para impugnar los diversos estadios de ese procedimiento, tal como lo proyecta el Artículo 3°, incs. b), c) y f) del Decreto N° 1.023/2001 de Contrataciones del Estado, cuando establece expresamente los principios de “Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes”, “Transparencia en los procedimientos” e “Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes”, en armonía con el Artículo 9° titulado “Transparencia”, que dispone: “La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia, que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los

¹⁷ Gordillo, Agustín, “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 11, 1992, p. 293.

procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas”; con el Artículo 17 ib. cuando, bajo el título “Subsanación de Deficiencias”, dispone: “El principio de concurrencia de ofertas no deberá ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de estas por omisiones intrascendentes, debiéndose requerir a los oferentes incursos en falta las aclaraciones que sean necesarias, dándoseles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, no pudiendo alterar los principios de igualdad y transparencia establecidos en el Artículo 3° de este régimen, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación [...]”; y con lo establecido por el Artículo 19 referido al “Control del Procedimiento Contractual”, que preceptúa: “Toda persona que acredite fehacientemente algún interés, podrá en cualquier momento tomar vista de las actuaciones referidas a la contratación, con excepción de la información que se encuentre amparada bajo normas de confidencialidad, desde la iniciación de las actuaciones hasta la extinción del contrato, exceptuando la etapa de evaluación de las ofertas. La negativa infundada a dar vista de las actuaciones se considerará falta grave por parte del funcionario o agente al que corresponda otorgarla. La vista del expediente no interrumpirá los plazos”.

Una sentencia del Tribunal Supremo Español –sentencia del 7 de octubre de 2003, Ar. 7615– sustenta que la falta de acreditación, por parte de una de las empresas que se presenta a la licitación, de su capacidad para contratar debe ser subsanada, razón por la cual es incorrecto que la Administración desestime la oferta por defectos formales que pueden corregirse, como las probanzas de la capacidad de contratar de la empresa respectiva.

En estos supuestos de selección del contratista como en los concursos de personal, el principio general se invierte, y deben cumplirse las reglas formales predeterminadas por la legalidad, salvo norma expresa o razonablemente implícita que establezca lo contrario, exceso de ritualismo formal injustificable, o manifiesta inconveniencia para los intereses del Estado.

Se pretende disminuir a ultranza la discrecionalidad mal ejercitada, corriendo el riesgo de que funcionarios inescrupulosos interpreten generosamente el ordenamiento jurídico al privilegiar la situación de oferentes que, ante el incumplimiento de óbices formales, se encuentren en ventaja respecto de los demás. En definitiva, se prioriza la transparencia, la igualdad entre iguales y la seguridad jurídica, a fin de que el contratista conozca de antemano cuáles son las normas en juego, donde el procedimiento es casi totalmente reglado y las consecuencias por los incumplimientos son conocidas y previsibles. Todo ello, en el marco de la prudencia, evitando situaciones que en forma notoria impidan a la Administración la contratación de la oferta más conveniente

VIII. El ritualismo inútil en el agotamiento de la vía administrativa.

Existe numerosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto del ritualismo inútil cuando mediere una clara conducta del Estado que haga pre-

sumir la ineficacia cierta del agotamiento de la vía administrativa como paso previo para demandar a la Administración¹⁸. En estos supuestos, se ha eximido al administrado de la obligación de interponer el recurso o reclamo previo.

¹⁸ Así, por ejemplo, el Artículo 5° del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley N° 189/1999, establece: “Casos en que no es necesario agotar la instancia administrativa. No es necesario agotar la instancia administrativa cuando mediare una clara conducta de la autoridad administrativa que haga presumir la ineficacia cierta de acudir a dicha instancia”.

En el mismo sentido, el Artículo 32, inc. e) de la Ley N° 19.549, que establecía: “Artículo 32. El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando: [...] e) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil”.

La Ley N° 12.008, Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, establecía: “Artículo 14. Requisitos de admisibilidad de la pretensión. Supuestos de agotamiento de la vía administrativa.

1. Sin perjuicio de los demás requisitos previstos en el presente Código, será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal, en los siguientes supuestos: [...] 2. Aun tratándose de pretensiones de anulación, no será necesario agotar la vía administrativa en los siguientes supuestos: [...] a) Cuando mediare una clara conducta de la demandada que haga presumir la ineficacia cierta de acudir a una vía administrativa de impugnación o cuando, en atención a particulares circunstancias del caso, exigirla resultare para el interesado una carga excesiva o inútil. La interposición de la demanda importará la interrupción de los plazos de caducidad para la presentación de los recursos en sede administrativa”.

Ley N° 13.101, modificatoria de la Ley N° 12.008, Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires: “Artículo 14. 1. Sin perjuicio de los demás requisitos previstos en el presente Código, será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal en todos los casos salvo los siguientes supuestos: b) Cuando mediare una clara conducta de la demandada que haga presumir la ineficacia cierta de acudir a una vía administrativa de impugnación o cuando, en atención a particulares circunstancias del caso, exigirla resultare para el interesado una carga excesiva o inútil. La interposición de la demanda importará la interrupción de los plazos de caducidad para la presentación de los recursos en sede administrativa”.

Ley N° 4.106, Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Corrientes: “Artículo 11. El reclamo administrativo previo a que se refiere el artículo anterior no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando: [...] e) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil”.

Ley N° 1.015, Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Formosa: “Capítulo VI. Reclamación previa. Artículo 38. Principio general y excepciones: A los efectos de promover el recurso o la acción contencioso administrativa, deberá haberse previamente reclamado administrativamente, agotando dicha vía.

La reclamación administrativa previa no será necesaria si una norma expresa así lo estableciera y cuando: [...] c) Mediare una clara e indubitable conducta de la Provincia que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil”.

Ley N° 952, Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de La Pampa: “Artículo 12. La reclamación administrativa previa no será necesaria si una norma expresa así lo estableciere, y cuando: [...] f) Mediare una clara e indubitable conducta de la Provincia que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil [...]”.

Ley N° 1.260 de Procedimientos Administrativos de Chubut: “Artículo 32. El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando: [...] e) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil”.

Ley N° 1.260 de Procedimientos Administrativos de Chubut: “Artículo 32. El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando: [...] e) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil”.

En este sentido, la Corte ha anulado sentencias de algunos Tribunales Superiores provinciales que habían exigido la interposición de un recurso de reconsideración como paso previo a la demanda judicial. El Máximo Tribunal Nacional señaló que ello implicaba un injustificado rigor formal incompatible con el derecho de defensa, considerando el trámite administrativo previo un ritualismo inútil¹⁹.

También se ha pronunciado en el mismo sentido el Fuero Contencioso Administrativo Federal, cuando expresa: “[...] el exceso de rigor formal, que sin duda se configuraría si se reconociera al administrado la posibilidad de prescindir del reclamo en aquellos supuestos excepcionales en los que se ha comprobado de modo manifiesto que la oposición de la Administración resulta incompatible con las reglas del debido proceso y el adecuado servicio de justicia” –reiterados pronunciamientos de CNFed., Salas I y IV, casos “Young”, “Cortez”, entre otros.

Los principales casos que dieron lugar a este tipo de fallos judiciales fueron cuando se desestimaron numerosos reclamos provenientes de la misma Administración por problemas enmarcados en la relación de empleo público –precedentes administrativos reiterados–, lo que hacía presumir la ineficacia cierta del remedio administrativo, transformando tal requisito en un carga inútil. De igual modo, cuando, al seguir una clara política estatal, se rechazaron numerosos planteos administrativos, donde al no existir ningún cambio en la conducta administrativa consolidada, el agotamiento de la vía administrativa carecía de sentido.

Si bien es cierto que muchas veces el agotamiento de la vía administrativa comporta en la praxis un ritualismo innecesario, sin embargo, este tipo de criterios jurisprudenciales contribuye a incrementar la inseguridad jurídica ante la ausencia de pautas claras a las que debe someterse el administrado, ignorando cuál es el criterio del juez respecto de este tipo de controversias al tener en cuenta la cantidad de tribunales existentes en el país y sus divergentes criterios. Asimismo, determinados funcionarios con competencia para emitir el acto administrativo que agota la vía administrativa podrían, según su discrecional criterio eximir al administrado del cumplimiento de este requisito al margen de lo que diga la ley. Ello también contribuye a fomentar un clima de inseguridad jurídica y a la ausencia de pautas claras.

Ley N° 141 de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego: “Artículo 152. No será necesario interponer el reclamo previsto en este título cuando: [...] c) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando la presentación en un ritualismo inútil”.

Ley N° 6.205, Código Procesal Administrativo de la Provincia de Tucumán: “Artículo 13. Se exceptúa de lo dispuesto en el artículo anterior cuando el particular pretenda frente a la Administración pública centralizada o descentralizada: [...] Asimismo, no se requerirá agotar la instancia administrativa cuando mediare una clara e indubitable conducta de la Administración pública centralizada o descentralizada, que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento y en cualquier otro supuesto que, en razón de las circunstancias, la reclamación previa resulte inidónea para preservar el derecho subjetivo o el interés legítimo que se alega conculcado”.

¹⁹ CSJN, *Fallos*: 311:2082. Ver completo comentario de Perrino, Pablo, “Reclamo Administrativo Previo”, en obra colectiva en homenaje a Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo I*, p. 876 y sigs.

Salvo supuestos extraordinarios, es mejor dejar al legislador que señale concretamente en qué casos se puede invocar el ritualismo inútil; no basta una fórmula amplia o un concepto jurídico indeterminado que genere incertidumbre en su aplicación según el criterio del administrador o del juez competente, donde pueden existir numerosas interpretaciones en uno u otro sentido, fomentando la inseguridad jurídica.

En suma, ante casos excepcionales, incumbe a los jueces ejercer la función correspondiente a los fines de salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva, con arreglo a las normas constitucionales y pactos internacionales.

En los demás casos, debe confiarse al legislador que prescriba para todos los supuestos igual tratamiento de agotamiento de la vía administrativa; o, en su defecto, si menciona el ritualismo inútil, que clarifique el concepto mencionando las hipótesis concretas atrapadas por la norma.

No estoy de acuerdo, entonces, con dejar esta cuestión en manos de los jueces, salvo supuestos excepcionales, pues analizar si es útil o no el agotamiento de la vía administrativa dispuesta por el legislador, comporta –en esencia– una cuestión de mérito, oportunidad o conveniencia, que –en principio– escapa a la competencia judicial.

Tampoco estoy de acuerdo con disposiciones legislativas que mencionen el ritualismo inútil sin ningún contenido temático sujeto tanto a la discrecionalidad de la Administración como a la del juez.

En muchos casos, el agotamiento de la vía administrativa comporta una etapa de conciliación anterior al pleito, dando una nueva posibilidad a la Administración de revisar su conducta, modificarla o mejorarla. En otros casos, implica una carga para el administrado, pero, al menos, permite mejorar los argumentos estatales y darle una nueva oportunidad al máximo responsable del área administrativa competente para revisar su actuación y conocer que probablemente será demandado por tales actos.

Esta discusión permanente sobre si es necesario o no el agotamiento de la vía administrativa genera debates doctrinarios y legislativos. Así, por ejemplo, la reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo de España Nº 30/1992, instituida por la Ley Nº 4/1999, vuelve a establecer el recurso de reposición con carácter potestativo, unánimemente reclamado por la doctrina. Es decir, entonces, que quizás lo ideal es la existencia de, al menos, un recurso con carácter obligatorio, que en forma simple y rápida agote la vía administrativa. De esta manera, se da una nueva oportunidad a la Administración para que revoque, modifique o agregue nuevos fundamentos, así como el juzgador tendrá un filtro previo que limite la cuantiosa cantidad de demandas judiciales y una causa madura con los fundamentos consolidados de las dos partes contrapuestas.

IX. El informalismo solo puede invocarlo el administrado.

La Ley de Procedimiento Administrativo de Catamarca Nº 3.559 dispone, en su Artículo 82, que el principio del informalismo a favor del administrado “[...] rige únicamente a favor de los administrados, y no exime a la Administración del cumplimiento de los recaudos procesales instituidos como garantías de aquellos y de la regularidad del procedimiento”.

La jurisprudencia ha dicho: “[...] El procedimiento es informal sólo para los administrados y usuarios de servicios públicos, consumidores, vecinos: son ellos únicamente quienes pueden invocar la elasticidad de las normas de procedimiento, en tanto y en cuanto ellas les benefician; ese informalismo no puede ser empleado por la Administración para dejar de cumplir con las prescripciones que el orden jurídico establece respecto a su modo de actuación, ni para eludir el cumplimiento de las reglas elementales del debido proceso, o sus deberes de control de los servicios que ha concedido o licenciado en monopolio. Tampoco lo pueden invocar los concesionarios o licenciatarios de poderes económicos monopólicos otorgados por el Estado, en cuanto se refiere a las normas de control que rigen su actividad” (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II: “La defensa del usuario y del administrado”, pp. IX-34). [Gallegos Fedriani, Otero, Grecco. 14.683/01 “Hidrocarburos Neuquén S.A. c/ Resolución N° 2.292/2001 ENARAS – (Expediente N° 7.086/01)”, fallo del 3-5-2004].

En este sentido, opina Brewer Carías²⁰ que este principio no solo procura obviar los efectos del incumplimiento no esenciales por parte de particulares, sino que incluso puede aplicarse a la Administración cuando, por ejemplo, el acto administrativo expresado correctamente prescinde de algunas cuestiones no esenciales. Ello se encuentra plasmado en Costa Rica, cuando reconoce la existencia del acto administrativo incluso ante “comportamientos y actividades materiales de la Administración que tengan un sentido unívoco y sean incompatibles con una voluntad diversa” –Artículo 137, LPA.

No obstante, en Argentina el informalismo no puede ser invocado por la Administración, ya que esta debe someterse a las normas que regulan los requisitos necesarios para la validez y eficacia de sus actos. Excepcionalmente, la Administración puede flexibilizar ciertos trámites no esenciales que no comprometan el interés público ni los derechos de terceros, en el marco de la celeridad, sencillez y eficacia de ciertos trámites.

Como bien dice Hutchinson, el administrado tiene derecho a que la Administración cumplimente los requisitos formales impuestos por el ordenamiento; “de allí que no va a ser el arbitrio del funcionario el que determinará cómo debe seguirse un procedimiento, sino que es la normativa la que prescribe una serie de formas, plazos y trámites, que deben cumplirse como requisitos para que el acto sea válido”²¹.

Un claro precepto jurisprudencial que inhibe a la Administración a apartarse de ciertas formalidades esenciales en garantía del administrado es el recaído en la Sentencia N° 33 de 1993 de la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de Córdoba –en un primer voto del suscrito– en autos “Lazcano y Del Campillo S.R.L. c/ Municipalidad de Córdoba”, que trató, en esencia, la juridicidad de la multa aplicada a la actora por mora en la ejecución de los trabajos con motivo de la realización de la obra denominada “Recuperación Río Suquía”.

²⁰ Brewer Carías, Allan, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, p. 54.

²¹ Hutchinson, Tomás, “Procedimiento Administrativo”, *Digesto Práctico La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 84.

Durante el transcurso de los trabajos, la Inspección de Obra otorgó *ad referendum* de la superioridad una ampliación del plazo de obra de 45 días. Sin embargo, después de más de seis meses la misma Inspección de Obra rechazó *ad referendum* de la superioridad la acordada ampliación del plazo contractual, y dos días más tarde el órgano competente impuso una multa por mora a la contratista. La Administración adujo que demoró en resolver porque perdió el expediente, y sancionó por ello a un empleado.

En los considerandos del fallo se expresa: “[...] conforme lo preceptuado por el artículo de la Ordenanza de Trámite Administrativo Municipal, en concordancia con el Artículo 176 de la Constitución Provincial, la instrucción del procedimiento administrativo es de oficio como principio general. Con mayor razón acaece en la especie, donde, habiéndose justificado el plazo por la Inspección Técnica, solo correspondía a la Administración proseguir el trámite para su resolución definitiva [...] El precitado plexo jurídico también impone a la Administración el deber de actuar con celeridad, eficacia, economía. Surge, en consecuencia, por demás excesivo el plazo que se toma la Administración para resolver –de marzo a diciembre de 1987– la no concesión de la prórroga solicitada. La circunstancia del caso exigía una mayor celeridad si se tiene presente que, en general, este tipo de actos *ad referendum* –aun cuando debieran producir efectos a partir de su aprobación por la superioridad– (ver, entre otros, Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, p. IX-17) en la práctica administrativa se retrotraen a menudo al momento de su emisión por el inferior”.

“Tampoco surge en autos que la Administración haya ordenado la reconstrucción del expediente perdido. Solo aplica una medida sancionatoria interna por la demora y excluye el tratamiento de fondo de la prórroga por su elevación extemporánea. Lo relevante en el *sub examine* es que contradictoriamente pretende hacer caer sobre las espaldas de la contratista la culpa de la demora precitada, imponiéndole las sanciones del caso – asume su culpa internamente, pero no frente al contratista, a quien traslada perjudicialmente los efectos de su incorrección–”.

“Aceptar la legalidad del obrar administrativo implicaría violar la doctrina de los actos propios sustentada por la CSJN, que ha expresado: ‘Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz’ (*in re* ‘Gutiérrez Oscar’; en ‘Miolato de Qrebs c/ Qrebs’, *ED*, 67:355; en igual sentido, *Fallos*: 7:139; 275:285; 275:286; 275:459). Es decir que una situación de hecho, productora de efectos jurídicos por las normas en vigor, no puede ser menoscabada por comportamientos posteriores del mismo sujeto que la generó. Por consiguiente, quien acciona una conducta de manera objetivamente incompatible con su actuación anterior va contra sus propios actos. Ello contraría el principio de buena fe, ya que lo relevante es garantizar un comportamiento coherente”.

Tal aspecto ha sido profundizado por Betti (Betti, Emilio, *Teoría General de las Obligaciones*, T. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 101 y sigs.), quien niega importancia a la intención subjetiva de aquel que contradice su anterior conducta, pues lo determinante es la desarmonía objetiva con la secuencia lógica de un ra-

zorable obrar. Esta problemática ha sido profundamente desarrollada por el derecho alemán, español e inglés (Safontas, S., “Doctrina de los actos propios”, *Revista JUS*, N° 5, 1964, p. 28 y sigs.), e incluso en nuestro país en relación a la actividad administrativa –Mairal, Héctor, *La doctrina de los actos propios y la Administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

Si en el caso que comentamos la propia Administración oficiosamente tenía la obligación de resolver con celeridad, perdió el expediente, sancionó a un agente de su dependencia por la demora en el trámite y, no obstante, rechazó lo solicitado por extemporáneo, y culpó de ello al contratista, es indudable su obrar ostensiblemente contradictorio, que hace aplicable el principio enunciado, además de la evidente antijuridicidad que esto comporta. Con mayor razón, cuando después de varios meses de justificarse la prolongación del plazo *ad referendum* de la superioridad, existían razonables expectativas por parte de la contratista de que ello sería resuelto favorablemente.

Atento a las características peculiares del caso, la Administración tenía la obligación formal de efectuar un análisis explícito, razonable y suficiente de lo solicitado y pronunciarse expresamente dentro de la brevedad de los plazos, a tenor de las circunstancias que surgen de la obra pública. No lo puede hacer con posterioridad al rechazar lo pedido por una cuestión formal, de la que solo ella es responsable. No puede escudarse en supuesta mora de la contratista cuando, para arribar a esta conclusión, la Administración previamente debió cumplir los trámites procedimentales pertinentes de su exclusiva correspondencia. El obrar correcto hubiera sido reconstruir el expediente perdido y considerar el planteo sustantivo de la contratista para hacer lugar o no a la prórroga, superando el aspecto formal de la demora, atento a su exclusiva responsabilidad.

Si bien es cierto que la sola solicitud de prórroga no presupone su aceptación, no es menos cierto que la contratista tiene derecho a una resolución fundada que decida el fondo de lo impetrado en íntima correspondencia con las cuestiones técnicas y contractuales pertinentes.

En definitiva, y como lo dice el fallo, “la obligación de la Administración aludida *ut supra* no solo surge de las normas específicas citadas precedentemente, sino del resto del ordenamiento jurídico positivo –derecho a una decisión fundada: Artículos 1° y 33 de la Constitución Nacional, y 19, inc. 9°, en concordancia con el Artículo 52 de la Constitución Provincial–, de los principios rectores de los procedimientos administrativos (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, p. XVIII y sigs.) y, especialmente, de la buena fe que debe presidir la ejecución de los contratos (Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, p. 347 y sigs.)”.

El mismo principio rige en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene afirmando, como se reitera en la sentencia del 19 de mayo de 1998, Ar. 3856 (*Revista Justicia Administrativa*, N° 2, Valladolid, Lex Nova, enero de 1999, p. 110), que las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y buena fe, que rigen específicamente en materia contractual –Artículo 1258 del Código Civil–. Siguiendo esta doctrina, en la citada sentencia del Tribunal Supremo, si bien se reconoce la existencia de incumplimiento por parte del contratista, se enerva, al mismo

tiempo, el rigor de las consecuencias desfavorables que de dicha circunstancia se derivan para aquel; en concreto, no se establece la pérdida de fianza, ni la de indemnización de daños y perjuicios a la Administración, toda vez que concurrió una actuación administrativa inadecuada en la parte preparatoria del contrato, al dejarse indeterminadas o sin prever ciertas exigencias importantes para la ulterior ejecución del contrato.

X. Vinculaciones con el principio *favor acti* y *pro actione*.

El principio *favor acti* presupone que la Administración debe interpretar el trámite administrativo en pro del dictado del acto administrativo. Es decir, aun cuando existan algunas omisiones formales, se puede entender que, no obstante, la decisión administrativa ha sido dictada. Ello sucede con los funcionarios de facto, donde se prioriza la emisión del acto administrativo por encima de los óbices formales en torno a su designación.

La Ley General de Costa Rica contempla la situación del funcionario de facto en el siguiente sentido: “Será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz, aun fuera de situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno, siempre que se den las siguientes circunstancias: a) Que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente; y b) Que la conducta sea desarrollada en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho”. También explícita en el Artículo 116: “los actos de un funcionario de hecho serán validos aunque perjudiquen al administrado y aunque este tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de aquel. La Administración quedará obligada o favorecida ante terceros por virtud de los mismos”²².

La Procuración del Tesoro de la Nación ha sustentado que debe facilitarse al administrado lograr el dictado de un acto administrativo que resuelva su pretensión, superados los inconvenientes formales que se presenten –*Dictámenes*: 133:240.

El principio *pro actione* significa la tendencia a favorecer la admisión y resolución final de las peticiones, reclamos o recursos de los administrados, postergando el cumplimiento de trámites no esenciales a cargo de aquellos.

Al respecto, nos enseña Cassagne (Cassagne, Juan Carlos, “Los principios generales del procedimiento administrativo”, en AA VV, *Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 19 y sigs.) que existe una norma muchas veces olvidada: Artículo 2º, inc. a), ap. 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York del año 1966, aprobado por Ley N° 23.313, que consagra la tutela administrativa efectiva cuando expresa: “[...] los Estados parte se comprometen a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida

²² Ver Brewer Carías, Allan, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, op. cit., p. 56 y sigs.

por personas que actuaban en ejercicio de funciones oficiales”. El inc. b), a su vez, prescribe: “[...] la autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y ha de desarrollar las posibilidades del recurso judicial”. Ello concuerda con los Artículos 8º y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, que consagra el derecho a la tutela “judicial” efectiva.

De allí que Cassagne vincule estrechamente esta tutela “administrativa” efectiva con el principio del informalismo, excluidas aquellas formalidades esenciales exigidas por el orden público administrativo, irrenunciables o indisponibles. Consecuentemente, se impone el principio *pro actione* a favor de la viabilidad del recurso, petición o reclamo, extendiéndose, según ese autor, “a diversos ámbitos institucionales, como el cómputo de los plazos, la legitimación, la decisión de si el acto es definitivo o de mero trámite, la calificación de los recursos –este es el aspecto donde quizás se ha aplicado con mayor énfasis el principio del informalismo–, el planteo sobre la pretensión de fondo, donde hay que estar, como indica Gordillo, a la intención del recurrente”²³.

En Chubut, la Ley de Procedimiento Administrativo consagra el principio de interpretación favorable al accionante y, en caso de duda, *in dubio pro actione* –Artículo 26, inc. 12 de la Ley Nº 920.

²³ Cassagne, Juan Carlos, “Los principios generales del procedimiento administrativo”, en AA VV, *Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 20.