

EL REQUISITO ESENCIAL “PROCEDIMIENTO” EN LA LNPA REFORMADA

PATRICIO M. E. SAMMARTINO

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad
de Buenos Aires; Director de la Escuela de
Abogacía Pública de la Procuración General de
la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

SUMARIO: 1. Primera parte: El “procedimiento administrativo” como requisito esencial del acto administrativo. 1.1. Introducción. 1.2. Los problemas del requisito esencial “procedimiento” en el nuevo esquema legal. 1.3. La noción de procedimiento administrativo. (i) El procedimiento administrativo según el criterio estructural. (ii) El procedimiento administrativo según su función instrumental y tuitiva. (iii) La noción de procedimiento administrativo en el Estado constitucional social y democrático de derecho. 1.4. Las funciones del procedimiento administrativo. (i) La clásica doble funcionalidad del procedimiento administrativo. (ii) El procedimiento como “cauce primario” de satisfacción y protección de los derechos sociales. (iii) El procedimiento administrativo como presupuesto de admisibilidad de la pretensión procesal y sus excepciones. 1.5. El procedimiento administrativo como requisito esencial del acto administrativo. (i) Configuración legal del requisito esencial “procedimiento” (art. 7º, inciso d, LNPA, modif. por Ley 27.742). (ii) El elemento esencial “procedimiento” y la garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva. (iii) La tutela administrativa efectiva en la jurisprudencia de la CSJN. (iv) La garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva según el art. 1 bis inciso a) de la LNPA reformada. (v) Procedimiento administrativo y dictamen jurídico previo. (vi) Conclusiones. 2. Segunda parte: Vicios en el procedimiento administrativo y amparo. 2.1 Vicios en el elemento “procedimiento administrativo” y sus consecuencias. (i) Introducción. (ii) Regulación legal de los vicios en las formas. Los artículos art. 14, inciso b, ap. (iv) y 8º, segundo párrafo, de LNPA reformada. Vicio en la “forma” y sus consecuencias. Vicios en el procedimiento. (iii) “Grave violación del procedimiento aplicable”. 2.2. Vicio en el procedimiento y amparo. 2.3. Epílogo.

I. PRIMERA PARTE: EL “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO” COMO REQUISITO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1.1. *Introducción*

El procedimiento administrativo es una pieza indispensable del acto administrativo. El art. 7° de la LNPA¹ lo erige en uno de sus requisitos esenciales junto con la competencia, la causa, el objeto, la motivación, la finalidad y la forma.

La reciente Ley 27.742, de 2024, introdujo reformas en el Título III de la LNPA que impactaron sobre las distintas parcelas de la estructura del acto administrativo: la noción, los requisitos esenciales, el sistema de invalidez, los vicios, los caracteres, la suspensión y los modos de extinción.

El objetivo de este trabajo es examinar la incidencia de la Ley 27.742 en el régimen jurídico del elemento esencial procedimiento. En particular, estudiaremos su nueva configuración (art. 7°, inc. *d*, LNPA) y los vicios (art. 14, inc. *b*, ap. *iv*), LNPA).

1.2. *Los problemas del requisito esencial “procedimiento” en el nuevo esquema legal*

La Ley 27.742 reformó el régimen jurídico del elemento esencial “procedimiento”. Ello acarrea perplejidades de diferente naturaleza y calado, a saber:

- a) De inicio se plantea el problema en torno a la noción de procedimiento administrativo. Concretamente: ¿qué se entiende por “procedimiento administrativo”? ¿A qué criterio adscribe la LNPA? A la vez ¿existe una conceptualización legal del elemento esencial procedimiento? En torno a esta cuestión, la LNPA reformada exhibe una evidente parquedad. Ello contrasta con la profusa doctrina autoral labrada en torno a esta cuestión.
- b) No menos decisivo resulta discernir las funciones que el procedimiento está llamado a cumplir, ora de manera general, ora como requisito esencial del acto administrativo.
- c) Todos los requisitos esenciales del acto administrativo enumerados en el art. 7° de la LNPA proponen una cuestión capital: establecer y delimitar su contenido específico. En tal sentido cabe que nos interroguemos sobre el impacto que producen los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional, CN) en la configuración del elemento procedimiento. Así, nos preguntamos: ¿cómo y con qué alcance se proyectan las garantías previstas en el art. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) sobre el contenido del requisito esencial “procedimiento”?

1 Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

- d) La configuración de los defectos o *vicios* en el procedimiento y la adecuada *valoración del grado de ilegitimidad* son problemas basilares que atraviesan el núcleo de este requisito esencial². En este punto la mayor encrucijada recae en discernir el sintagma “violación grave del procedimiento aplicable” (art. 14 inciso *b*, ap. *iv*), segunda parte, LNPA reformada). ¿Qué diferencias existen entre la fórmula actual, “violación grave del procedimiento aplicable”, y la prevista en el texto originario de la LNPA, “violación de las formas esenciales”?
- e) Luego de la reforma a la LNPA nos preguntamos: ¿pervive la *teoría de la subsanación*?³ Y si efectivamente subsiste ¿cómo se proyecta sobre la actual

2 El art. 14, inc. *b*, LNPA, en su redacción originaria, establecía que la *violación de las formas esenciales* producía la nulidad absoluta del acto administrativo. El sintagma *formas esenciales*, por su imprecisión técnica, confería un generoso radio de opciones interpretativas. Basta comparar esa previsión normativa con otras análogas (v.gr. art. 47 inc. 1º *e*; y 48, inc. 2º, de la Ley 39/15, de España, o el art. 67 incs. *n*), *r*), y *s*) o 68 incs. *f*) e *i*) de la Ley 1.284 de Neuquén, entre otros) para advertir que la norma nacional le brindaba a la Administración un amplio, más bien amplísimo, margen de apreciación.

Frente a esta regulación legislativa incompleta e insuficiente, discernir cuándo se estaba en presencia de un vicio grave o leve de las formas esenciales era una cuestión que quedaba librada a criterios de notoria imprecisión.

La reforma incorporada a la LNPA en 2024 a través de la Ley 27.742 eliminó la *vaporosa expresión* “violación de las formas esenciales” como causal de nulidad absoluta. Sin embargo, en su reemplazo, el actual art. 14 inc. *b*, ap. *iv*, *in fine* utilizó una fórmula tan genérica (“grave violación del procedimiento aplicable”) como la sustituida. En ese orden cabe que nos preguntemos, ¿cuáles son los estándares para determinar la presencia de una “grave violación” del procedimiento? Este punto lo examinaremos en la parte final del este trabajo.

A la vez, la nueva redacción del art. 14, inciso *b*, ap. *iv*, *in fine*, LNPA introduce una nueva perplejidad en torno al vicio en la motivación o fundamentación del acto. Ello es así por cuanto el vicio grave en la *motivación* del acto no parece estar contemplado. Nos preguntamos entonces, la ausencia de motivación suficiente ¿está implícitamente incluida en el art. 14 inc. *b*, ap. *iv*, *in fine*, dentro de la genérica formulación “grave violación del procedimiento aplicable”? O, en cambio, ¿el legislador remitió el vicio en la motivación, cualquiera sea su grado e intensidad, a un supuesto residual de nulidad relativa, contemplado en el art. 15, LNPA? Concretamente, el legislador ¿decidió ignorar la consolidada doctrina labrada por la CSJN en torno a la motivación según surge de “Schnaiderman”, “Scarpa” o “Reta”?

3 Los defectos formales que dan lugar a la indefensión del particular han tenido expresa consideración por parte del legislador. El actual art. 14, inc. *b*, ap. *iv*, primera parte de la LNPA (modif. por Ley 27742) establece que la *omisión de la audiencia previa del interesado* cuando ella es requerida produce la nulidad absoluta del acto. De este modo, el nuevo régimen legal permite aventar toda posible subsanación del acto administrativo afectado por un vicio grave en el procedimiento originado en la violación del derecho a ser oído antes de su emisión.

Aun así, se deberá aguardar si la interpretación de la nueva previsión normativa queda o no subordinada al criterio jurisprudencial según el cual no existe violación del derecho de defensa cuando el supuesto afectado por el acto no indica concretamente las defensas y pruebas que no pudo invocar o producir y la incidencia que unas y otras habrían tenido sobre el fondo de la decisión (conf. Fallos: 310:360 1987). Cabe recordar que esta sentencia invoca como precedentes

conformación del debido procedimiento administrativo previo? En ese entendimiento nos preguntamos ¿basta la mera inobservancia de alguna de las garantías previstas en el art. 1° *bis* LNPA relativas a la tutela administrativa efectiva –dentro de la cual queda incluido el debido proceso adjetivo– para que se consuma el vicio determinante de una violación de las formas esenciales? ¿O, en cambio, el afectado tiene la carga de indicar qué defensas se hubieran podido plantear y qué pruebas se habrían podido ofrecer y producir si se le hubiera dado al particular la posibilidad de ser oído en tiempo oportuno? El afectado ¿debe demostrar, además, que si se hubieran observado las formas establecidas en el ordenamiento jurídico aplicable ello habría influido sobre el fondo o contenido de la decisión?

f) La expresa incorporación de la *tutela administrativa efectiva* no solo como *principio fundamental del procedimiento*, sino también como *garantía* (de los particulares) y *deber* (de los órganos, entes y personas jurídicas que despliegan la función administrativa): ¿es un instrumento que permite exigir una protección o tutela administrativa más fuerte cuando están en juego derechos fundamentales indisponibles de la persona humana? A la vez ¿cómo se proyecta la *tríada basal material* del derecho administrativo en el Estado constitucional (dignidad de la persona humana, derechos inviolables que le son inherentes y principio pro persona) sobre el actual esquema de ordenación del procedimiento? La Ley 27742 ¿tuvo en consideración el principio de *interdicción de la insensibilidad* frente a situaciones de vulnerabilidad social que ponen en juego el mínimo existencia y vital de la persona?

La tutela administrativa efectiva reconocida en el art. 1° *bis* y 7° inc. *d*, de la LNPA reformada, ¿incluye el *derecho subjetivo* del particular a exigir el *control administrativo de convencionalidad*⁴, ora preventivo, ora reparador, cuando la

respaldatorios Fallos: 300:1047 y 302:1564. Estos pronunciamientos del Tribunal fueron dictados en tiempo de quiebre institucional.

En este marco, cabe preguntarse si resulta convencionalmente legítimo mantener a la denominada *teoría de la subsanación*, en sus dos diferentes variables: subsanación en sede administrativa y subsanación de los vicios de forma en sede judicial. Concretamente: la pervivencia de la susodicha teoría ¿resulta compatible con las garantías que reconocen los artículos 8° de la CADH y 1 bis, sobre el derecho a la tutela administrativa efectiva?

4 Al respecto cabe recordar que la Corte Internacional de Derechos Humanos (IDH) en diferentes precedentes sostiene que el control de convencionalidad *es función y tarea de toda autoridad pública* y no solo de los jueces (Gelman, 2011, párrafo 239). Años más tardes sostuvo que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’” (“Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, de 28 de agosto de 2014, párr. 497; (“Gelman”, 2013, párr. 66). La tendencia jurisprudencial del tribunal interamericano –en cuanto afirma que el control de convencionalidad es una *obligación* que compromete *a toda autoridad pública* del Estado parte y no solo del Poder Judicial– se ha profundizado a lo largo de la última década (conf. “García Ibarra”, 2015; “Petro Urrego”, 2020; “Urrutia Laubreaux”, 2020; OC/28-21, entre otros).

relación jusadministrativa concierna, de modo directo, a los derechos esenciales de la persona humana (conf. art. 1.2 CADH; OC 22/2016)?

1.3. *La noción de procedimiento administrativo*

El procedimiento administrativo es uno de los requisitos esenciales del acto administrativo. La dogmática clásica lo considera una pieza indispensable de la forma, en sentido amplio.

Ahora bien: ¿qué se entiende por procedimiento administrativo?

La LNPA no define el procedimiento administrativo⁵ como elemento del acto. El art. 7º inc. d) establece, en cambio, que *antes* de la emisión del acto se deben cumplir los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Algunos autores –entre ellos, Armando Canosa– subrayan que la mencionada previsión normativa consagra el *debido procedimiento administrativo previo*.

Discernir el significado exacto del significante “procedimiento” en el esquema de ordenación vigente no es una tarea sencilla.

Si tomamos en consideración las múltiples y variadas posiciones doctrinales es dable reconocer, por un lado, que ponen el acento en los aspectos estructurales del procedimiento. Sin embargo, por otro lado, existen opiniones que, además de la nota anterior, focalizan la atención no solo en la función instrumental del procedimiento sino también en su rol tuitivo, de derechos e intereses.

Por nuestra parte, entendemos que el concepto y la función del procedimiento deben guardar congruencia –como toda la teoría del acto– con los principios que gobiernan el derecho administrativo en el Estado constitucional social y democrático de derecho afincado en torno a la Constitución Nacional reformada en 1994.

(i) El procedimiento administrativo según el criterio estructural

En el derecho administrativo español predomina el criterio que considera el procedimiento administrativo como la “secuencia ordenada de actuaciones que se siguen para la formación de la voluntad de la Administración expresada en decisiones (actos administrativos) sobre materia de su competencia”⁶.

El procedimiento administrativo es el cauce formal de la función administrativa, sugiere González Pérez. Se diferencia de los demás tipos de procedimientos

5 En Perú, en cambio, el art. 29 de la Ley 27.444 define el procedimiento administrativo del siguiente modo: “Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”.

6 Conf. “Estudios sobre los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado. Relación de procedimientos”, Madrid, 1998, citado por PONCE SOLÉ, J., *Deber de Buena Administración y Derecho al procedimiento debido*, Valladolid, Lex Nova, 2001, p. 31.

en virtud del tipo de función que se realiza a través del mismo. En estas condiciones el procedimiento es a la función administrativa lo que el acueducto al agua que corre por el mismo⁷.

En esa línea se sostiene que el procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin⁸. Para Muñoz Machado el procedimiento consiste en el conjunto de actuaciones que ha de desarrollar la Administración hasta llegar al acto decisorio final⁹.

Según Boquera Oliver el procedimiento administrativo es el conjunto de trámites o diligencias que preparan, forman o ejecutan la voluntad administrativa¹⁰. Señala que el procedimiento se califica de administrativo por razón de la naturaleza del acto que prepara, forma o ejecuta y no por la esencia de los trámites que lo constituyen¹¹.

En un sentido similar se sostiene que el procedimiento administrativo es “aquella actividad administrativa con eficacia externa, que se dirige al examen, preparación y emisión de un acto administrativo o a la conclusión de un convenio jurídico público incluyendo la emisión del acto administrativo o la conclusión de convenio”¹².

7 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentario a la ley de Procedimientos Administrativos*, Madrid, 1977, p.70.

Este autor destaca que el “sometimiento de la acción administrativa a un cauce formal se ha justificado desde dos perspectivas: como garantía del interés público y de los derechos de los particulares”.

González Pérez señala que el procedimiento administrativo configura un presupuesto procesal desde el momento que quien demanda a la Administración ante un tribunal ha de acudir antes a la propia Administración, a fin de que se pronuncie sobre su pretensión a través del correspondiente acto, que dejará abierta la posibilidad de la impugnación judicial.

En esa línea algunas sentencias del Tribunal Supremo español han considerado el procedimiento como cauce formal por el que debe discurrir la voluntad administrativa (STS de 25-4-77); cauce o vehículo del discurrir de la actividad de la Administración (STS de 23-2-77); cauce jurídico necesario para garantía de los intereses de la Administración y de los particulares” (para ampliar, v. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Justicia Administrativa. Legislación y Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1999, p. 23).

8 ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, 8ª ed., Madrid, 1983 p. 263.

9 MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Madrid, Iustel, 2011, T. IV, p. 66.

10 BOQUERA OLIVER, *Derecho Administrativo*, 10ª ed., Madrid, 1996, Vol. I, pp. 405-406.

11 *Ibidem*.

12 PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, 10ª ed., Madrid, 1998, p. 231.

García de Enterría - Fernández¹³ destacan que el procedimiento administrativo no es un acto complejo¹⁴ sino “un complejo de actos, del administrado y de la Administración, de diverso valor todos ellos, aunque con sustantividad jurídica propia, sin perjuicio de su carácter instrumental respecto de la resolución final”.

En el Derecho uruguayo, E. Sayagués Laso conceptualizó el procedimiento administrativo como el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la Administración para desarrollar su actividad¹⁵.

En Argentina, B. Fiorini sostuvo que el procedimiento administrativo se refiere a la total actividad práctica jurídica de la administración pública para que manifieste y ejecute sus actos en forma ordenada, regulada y sistematizada, ya sea de oficio o a instancia de los administrados¹⁶.

El Prof. Armando Canosa puntualiza que el procedimiento administrativo tiene como objeto la formación de la voluntad administrativa, la que se materializa a través del dictado de actos administrativos. Para este autor el procedimiento administrativo es el conjunto de actos combinados entre sí que se refieren al camino que se debe transitar para llegar al dictado del acto administrativo definitivo¹⁷.

La Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), en congruencia con el pensamiento del Prof. Juan C. Cassagne¹⁸, sostiene que el procedimiento administrativo constituye el cauce formal del ejercicio de la función administrativa (en sentido material)¹⁹. Agrega que desde un punto de vista estrictamente formal puede encontrarse procedimiento administrativo en la actividad de cualquiera de los órganos estatales, cuando ejerzan funciones materialmente administrativas²⁰.

13 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, 4ª ed., Madrid, 1995, T. II, p. 438.

14 Para la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) el acto complejo es aquel que, para su perfeccionamiento, requiere de la voluntad conjunta o sucesiva de dos o más órganos. Es una medida integrada por una sucesión de actos administrativos que se encuentran vinculados en cuanto constituyen un todo pero, asimismo, revisten un evidente carácter autónomo e independiente. En este supuesto la validez del acto está condicionada por la confluencia de declaraciones de diferentes órganos. (Dictámenes 324:188).

Según se desprende de este dictamen el órgano asesor no toma en cuenta el denominado acto complejo es, en puridad, un complejo de actos que desembocan en un solo acto.

15 SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1953, T. I, pp. 461-2.

16 FIORINI, Bartolomé, *op. cit.*, p.25.

17 CANOSA, Armando, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, 2ª ed., Astrea-Rap, 2014, pp. 56/57.

18 CASSAGNE, Juan C., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2016, T. II, pp. 5/7.

19 PTN, Dictámenes 324:302, punto II.1.1.

20 *Ibidem*.

(ii) *El procedimiento administrativo según su función instrumental y tuitiva*

A la funcionalidad externa, como cauce de la función administrativa, otras corrientes del pensamiento administrativista subrayan que el procedimiento administrativo no solo cumple tiene asignado una función rol instrumental; también asignado un importante rol tuitivo.

F. Garrido Falla señalaba que el procedimiento administrativo aparece como un conjunto de formalidades arbitradas, las más de las veces, en garantía del particular. Sin embargo, de inmediato destaca que la segunda finalidad del procedimiento administrativo es lograr el mayor acierto y eficacia de las resoluciones administrativas²¹.

El procedimiento administrativo, explica Bocanegra Sierra, es el conjunto concatenado de actos o actuaciones administrativas de trámite destinadas asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la resolución que le pone término y a garantizar los derechos de los ciudadanos afectados y las exigencias de los intereses públicos en juego²².

Para J. García Luengo, el procedimiento está llamado a regular una concatenación de trámites; tiene la función de asegurar la legalidad y acierto de la resolución final. Agrega que, en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales, el procedimiento ofrece una compensación por la falta de suficientes criterios materiales que rigen la toma de decisión en el asunto concreto. Concluye que el procedimiento está al servicio de la legalidad y acierto de la decisión final. Es un instrumento dirigido a obtener una decisión final legítima²³.

En la dogmática alemana moderna Schneider explica que los procedimientos administrativos representan un modo de crear y de hacer efectivo el derecho administrativo. Subraya que el procedimiento posee una clara dimensión instrumental puesto que no constituye un fin en sí mismo, sino que sirve a la realización material de las funciones y responsabilidad que le incumben a la Administración. Destaca que la función instrumental esta llamada a la determinación material del derecho. La concreción, determinación y creación del Derecho que se realiza en el procedimiento administrativo se expresa a través de decisiones. Para este autor deben considerarse decisiones de la Administración el acto administrativo y el contrato, las normas reglamentarias y las que se refieren a prestaciones materiales realizadas por la Administración y aquellas otras que tiene por objeto la mediación de intereses contrapuestos²⁴.

21 GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, p. 612.

22 BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre acto administrativo*, 3ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2006, p. 84.

23 GARCIA LUENGO, Javier, *Las infracciones formales como causa de invalidez del Acto Administrativo*, Madrid, Iustel, 2016, pp. 23/26.

24 SCHNEIDER, Jens-Peter, "La evolución del procedimiento tipo de la Ley de Procedimiento Administrativo Alemana de 1976: hacia un modelo integral y comprensivo", en

Desde el punto de vista sistemático, explica el Prof. Schmidt Assmann, el procedimiento está llamado a proporcionar un “esquema de ordenación”²⁵ o de “actuación”²⁶. En tal sentido agrega que el procedimiento debe servir “para garantizar una correcta aplicación de la ley”²⁷. En un trabajo posterior este autor puntualiza que los procedimientos administrativos son un “instrumento para asegurar la sujeción de la acción administrativa a criterios de racionalidad”. Enfatiza que ellos constituyen proceso y operaciones ordenados racionalmente cuyo objeto consiste en obtener y procesar información²⁸.

Para J. Ponce Solé el procedimiento administrativo es el modo normal e idóneo de desarrollo de la función administrativa al servicio a los intereses generales²⁹. Cuestionando las que denomina visiones estáticas del procedimiento, el profesor catalán asegura que aquél se configura como “uno de los instrumentos jurídicos posibilitadores del cumplimiento del deber de buena administración”. En tal sentido enfatiza que el procedimiento administrativo es un factor de potenciación de las posibilidades de obtención de decisiones administrativas de calidad y, en definitiva, como un elemento de legitimación de las Administraciones Públicas³⁰.

Uno de los correddores del texto originario de la LNPA, H. Escola, señala que el procedimiento administrativo es el conjunto de formas, actos, formalidades y trámites que son jurídicamente establecidos con el propósito de dar lugar a que la administración pública pueda alcanzar el logro de las finalidades que le son propias como gestora del interés general³¹.

Por su parte, Julio Rodolfo Comadira destacaba que el procedimiento administrativo es la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, constituye el elemento

La transformación del procedimiento administrativo, Sevilla, Barnes editor, Editorial Derecho global, 2008, pp. 373/375.

25 SCHMIDT ASSMANN, Eberhard, *El derecho administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 360.

26 *Idem*, p.364.

27 SCHMIDT ASSMANN, *op. cit.*, pp. 360/364.

28 SCHMIDT ASSMANN, Eberhard, “Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos europeos en el derecho alemán, europeo e internacional”, en *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, Barnes editor, Editorial Derecho global, 2008, p.75.

29 PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de Buena Administración y Derecho al procedimiento debido*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 37/38.

30 *Idem*, p. 127.

31 ESCOLA, Héctor, *Teoría General del Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, 1973, p. 22.

ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado³².

(iii) *La noción de procedimiento administrativo en el Estado constitucional social y democrático de derecho*

a) El procedimiento administrativo es el modo o método como se originan y producen los actos (unilaterales y bilaterales; generales y particulares; abstractos y concretos; externos o internos) que emanan de la función administrativa, según el alcance que establecido por el art. 1° de la LNPA, reformado por Ley 27.742. Por cierto, el procedimiento administrativo no solo prepara y antecede al acto o contrato administrativo; también asegura la legalidad de su concreta materialización o puesta en práctica³³.

La observancia de los procedimientos administrativos debidos –tal como lo exige el art. 7° inc. d) LNPA– adquiere relevancia para *ordenar, limitar* y brindar *previsibilidad* en el ejercicio de la función administrativa.

Desde un miraje instrumental, puramente *descriptivo*, el procedimiento administrativo se presenta como un *conjunto de trámites y actuaciones encaminados a preparar la actividad formal (y también no formal³⁴) de los órganos, entes y personas jurídicas, públicas y privadas³⁵, que desarrollan la función administrativa.*

b) Ahora bien, si tenemos en consideración que el art. 1° bis de la Ley 27.742 incorporó a la *buena administración* como uno de los nuevos principios fundamentales del procedimiento administrativo, resulta ciertamente apropiado tener en cuenta la sugerente posición de Ponce Solé en cuanto le asigna al

32 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, 2003, pp. 124/125.

33 El procedimiento previo a la etapa de materialización del acto es un factor de evitación de graves ilegitimidades administrativas. Recuérdese que la reciente reforma a la LNPA fulmina con la calificación de vía de hecho a la adopción y materialización de medidas que por su naturaleza exijan la intervención judicial previa tales como embargos, allanamientos u otras de similares características sobre el domicilio o los bienes de los particulares (art. 9° inc. d, LNPA).

34 En algunos ordenamientos latinoamericanos se considera que el procedimiento administrativo únicamente atañe a la preparación de la actividad formal de la Administración. Así el art. 29 de la Ley 27444 de Perú establece: “Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”.

Sostenemos, sin embargo, que la puesta en práctica de los actos administrativos también está sujeta a la observancia de formas. En este supuesto el cumplimiento de las formas está llamado a encauzar la concreta materialización de la actividad formal de la Administración.

35 Conf. Art. 1° LNPA, modif. por Ley 27.742.

procedimiento administrativo el carácter de instrumento posibilitador del cumplimiento del deber de buena administración.

Manteniendo esa línea podemos conceptualizar el procedimiento como *cauce formal de la función administrativa que facilita y hace posible la concreta actuación del principio de buena administración*.

Ciertamente, si bien el art. 1° *bis* LNPA enuncia un catálogo de principios fundamentales del procedimiento administrativo, lo cierto es que la susodicha previsión normativa no brinda precisiones sobre el contenido de cada uno de ellos, salvo en lo relativo a los diferentes estadios o momentos de la tutela administrativa efectiva. En efecto. El art. 1° *bis* de la LNPA vigente nada dice con respecto al ámbito de protección de la buena administración. Esta *indeterminación* genera perplejidades en torno a su contenido. Téngase presente que, en nuestro país, ese principio basilar no ha tenido hasta hoy acogida en jurisprudencia ni en la doctrina administrativa de la PTN. Entonces, en torno a la buena administración reconocida en el art. 1° *bis* LNPA, nos preguntamos: ¿tiene el alcance que le brinda el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE³⁶? ¿Es idéntico al establecido en el art. 1° inc. II ap. *f* de la Ley 9003 de Mendoza³⁷? ¿Tiene el alcance amplísimo fijado por la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, de 2013? ¿Coincide con el *il buon andamento dell'amministrazione*, previsto en el art.

36 “Art. 41. Carta Europea de los Derechos Fundamentales: Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

37 “Art. 1° inciso *f*) Principio de buena administración. La Provincia de Mendoza reconoce en sus procedimientos administrativos: 1) El principio fundamental de la buena administración pública, con sus derechos y deberes derivados, tanto para administradores como administrados. Éstos pueden exigir que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad y resolverse en plazo razonable, conforme las circunstancias de cada caso, apreciadas razonablemente con el fin último del servicio a la dignidad de la persona humana como contenido inexcusable del bien común. 2) La observancia del deber básico y común de administradores y administrados de actuar con lealtad en la tramitación de todo asunto administrativo, de colaboración, buena fe, veracidad, responsabilidad, respeto y decoro. 3) La protección en sede administrativa y judicial de los derechos humanos reconocidos en las diversas fuentes jurídicas con rango constitucional”.

97.2 de la Constitución italiana? ¿Es acaso un metaprinzipio, como lo postula un sector de la doctrina?

Siguiendo esta línea, consideramos que el contenido del principio de buena administración reconocido en el art. 1° *bis* de la LNPA guarda directa relación con los valores y principios del Estado constitucional social y democrático de derecho consagrados en la Constitución Nacional reformada en 1994. En este marco, la buena administración está llamada a *servir, de manera directa e inmediata, a las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática*. En el Estado constitucional vigente en la república, servir al bien común es actuar con arreglo a los principios que conforman la *tríada basal material* de Derecho Administrativo en el Estado constitucional: *dignidad de la persona humana; derechos fundamentales inviolables que le son inherentes y principio pro persona*. De esta tríada se derivan múltiples corolarios. Uno de ellos es el principio de *interdicción de la insensibilidad* frente a situaciones de vulnerabilidad social que claman por la satisfacción del mínimo vital o existencial de la persona humana.

c) Desde esta atalaya, el “procedimiento” en cuanto *elemento esencial* del acto (art. 7° inciso *d*, LNPA) se presenta como el *conjunto de trámites, diligencias y actuaciones que se deben cumplir en la faz preparatoria del acto administrativo según lo establece –expresa e implícitamente– el bloque de juridicidad en el Estado constitucional*.

En el Estado constitucional vigente en la república³⁸ el *bloque de juridicidad* al que está sometido el proceso de elaboración del acto administrativo se abastece de *reglas y principios (que, en puridad, constituyen el catálogo de deberes, permisiones y prohibiciones a los que está sujeta la Administración) que están llamados a servir de manera directa, concreta e inmediata a las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática*.

Desde este vértice, De consiguiente la regulación del *debido procedimiento administrativo previo* –esto es el conjunto de trámites, diligencias y actuaciones que se deben cumplir en la faz preparatoria del acto (y también de su concreta materialización) al que alude el art. 7° inc. *d*, de la LNPA reformada– se debe ajustar a la Constitución Nacional *convencionalizada*; a los principios preestatales que ella reconoce y despliega; a las garantías reconocidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN), sin olvidar la imprescindible guía que, al respecto, brindan las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Internacional de Derechos Humanos (Corte IDH); a los tratados, las leyes, los principios propios del derecho administrativo reconocidos por las leyes y a los reglamentos, generales y singulares.

1.4. *Las funciones del procedimiento administrativo*

(i) *La clásica doble funcionalidad del procedimiento administrativo*

Transcurrida la etapa que consideró el procedimiento administrativo como institución de efectos puramente internos o *ad intra*³⁹ de la Administración, la doctrina especializada y la jurisprudencia subrayan su incuestionable *doble funcionalidad*.

En ese orden, el procedimiento administrativo opera como garantía de los derechos e intereses de los particulares y, a la vez, contribuye al acierto y eficacia de las resoluciones administrativas⁴⁰. En este último aspecto no cabe duda que el procedimiento contribuye a la adopción de decisiones administrativas que tengan en cuenta todos los elementos de juicio que el ordenamiento considera necesario para emitir un acto⁴¹. Ello, claro está, con miras a satisfacer el interés público concretado en la legalidad⁴².

Como garantía defensiva, el procedimiento administrativo estuvo asociado, en su faz inicial, a la reacción contra actos administrativos ya emitidos –recursos administrativos tendentes a transitar las vías administrativas previas a su impugnación judicial–. Mas luego, a la impronta reaccional, se le añadió la relativa a la formación o elaboración del acto. Ambas variables aparecen plasmadas en el art. 7º, inciso *d*, LNPA en su actual redacción en cuanto consagra el deber respetar los diferentes segmentos o momentos que informan a la tutela administrativa efectiva (art. 1º *bis*, LNPA): el derecho a ser oído *antes* de la emisión del acto que concierna a los derechos o intereses jurídicamente protegidos del interesado; el derecho a interponer recursos; el derecho a *ofrecer y producir prueba*, y controlar su producción; el derecho a una *decisión fundada*; y, el derecho a que el procedimiento concluya dentro de un *plazo razonable*.

La jurisprudencia del Alto Tribunal federal subraya que el procedimiento administrativo no solo constituye el ámbito a través del cual se debe procurar –con justicia– la satisfacción del interés público; en paralelo, es también una instancia para la defensa de los derechos e intereses de los particulares, sujeta –inexcusablemente– a los principios de legalidad, debido proceso adjetivo y sustantivo –o razonabilidad–⁴³.

39 PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 51/53.

40 GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, p. 612. En la nota al pie este autor señala pone de relieve nuevamente esa doble finalidad: garantía de los derechos individuales y garantía de orden en la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones.

41 BELADÍEZ ROJO, M., *op. cit.*, p. 95.

42 GARRIDO FALLA, *op. cit.*; González Pérez, *op. cit.*

43 Fallos: 344:1013 (“Roa Restrepo, Henry”), voto del juez Rosatti, consid. 6.

El procedimiento, en tanto cauce formal de la función administrativa, constituye una *garantía de la legalidad administrativa*⁴⁴. Al respecto la PTN sostiene que tal principio se lo extrae razonadamente de los arts. 14, 16, 17, 18 y 19 de la CN⁴⁵. La idea de que la Administración se halla sometida (“condicionada jurídicamente”) a la ley, afirma el órgano asesor, debe ser entendida en sentido en *sentido lato*. Según la PTN el principio de legalidad conlleva la sujeción a la Constitución, de los Tratados, las leyes e incluso a los actos de alcance general emanados del propio poder administrador. En ese sentido se puntualiza que, por un lado, el principio de legalidad habilita a la Administración a actuar en determinadas esferas según la competencia asignada; por el otro, le impone límites a ese accionar, los que, de ser traspasados, darán lugar a la invalidación de lo actuado⁴⁶.

Por cierto, el nexo entre el interés público y el procedimiento administrativo adquiere particular y decisiva gravitación en el ejercicio de poderes discrecionales atribuidos normativamente a los órganos que despliegan la función administrativa. En tal sentido García Luengo destaca, acertadamente, que el procedimiento viene a ofrecer, en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales, una compensación por la falta de suficientes criterios materiales que rijan la toma de decisión en el asunto concreto⁴⁷.

El procedimiento, como requisito esencial del acto administrativo, está llamado a garantizar *la plena juridificación de la función administrativa*. Tiene la misión primordial de asegurar que, antes de la emisión del acto que habrá de modificar de manera directa la situación jurídica del particular, se cumplan los trámites y diligencias establecidos por las reglas y principios que conforman el bloque de juridicidad del Estado constitucional vigente en la república.

No podemos soslayar, sin embargo, que el procedimiento administrativo se erige, además, en presupuesto de admisibilidad de la pretensión impugnatoria (conf. art. 23, inc. a, subinc. (i) y (ii), LNPA).

(ii) El procedimiento como “cauce primario” de satisfacción y protección de los derechos sociales

El procedimiento administrativo en el Estado constitucional social y democrático de derecho tiene asignado un rol protagónico al servicio del sistema de derechos sociales reconocidos en el bloque de constitucionalidad. A la Administración le asiste el deber de garantizar⁴⁸, con sencillez y celeridad, la con-

44 BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia*,... op. cit., p.108.

45 PTN, Dictámenes 322: 597.

46 *Ibidem*.

47 GARCÍA LUENGO, Javier, op. cit. p. 25.

48 VAN HOOF, Fried, *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights*, p. 99, citado en COURTIS, Christian, “Los derechos sociales como derechos”, en AA.VV., *Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política*, SELA, 2001, conceptualiza esos cuatro

cretización de los *encargos positivos de protección social* que reconoce la Ley Fundamental (verdaderos mandatos de protección social a los poderes públicos, conf. art. 75, inc. 19, 22 y 23, CN) e implementan, mediante las normas infraconstitucionales, las leyes del Congreso o las decisiones del Poder Ejecutivo.

En efecto: en su faz o función garantista de derechos, el procedimiento administrativo no está solo al servicio de los derechos de defensa (denominados derechos de no interferencia o no injerencia) y de participación (conf. art. 1° *bis a*, tercer párrafo y 8° *bis*, LNPA, modif. por Ley 27.742). El procedimiento administrativo es una pieza indispensable para asegurar la efectivización de los *derechos de sociales o de protección*.

En congruencia con esa misión, *el procedimiento administrativo* se erige en el instrumento jurídico administrativo adecuado de transformación social.

En efecto: en el Estado constitucional social y democrático de derecho el procedimiento administrativo cumple, además, la relevante función de actuar como *cauce primario de protección de los derechos sociales*.

En tanto cauce formal primario de protección y satisfacción de los derechos sociales fundamentales el procedimiento administrativo constituye la herramienta jurídica apta que posibilita la actuación del principio de *interdicción de la insensibilidad* frente a situaciones de vulnerabilidad social. Desde este miraje el procedimiento administrativo es el cauce formal llamado a satisfacer en concreto el mínimo vital o existencial de la persona.

En tal sentido cabe recordar que la *justicia social* traduce *la justicia en su más alta expresión*⁴⁹. Esta no tiene otro norte que alcanzar el “bienestar”, esto es, “las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad”⁵⁰.

En definitiva: el procedimiento administrativo no circunscribe ni agota su finalidad en la participación defensiva de los portadores de intereses particulares. Con igual intensidad, y diferentes modalidades, el procedimiento propende a la salvaguarda del *interés público* en el marco establecido por el bloque de legitimidad. Ahora bien: en el Estado constitucional contemporáneo la savia que circula y vivifica a la función administrativa está umbilicalmente anudada a la *tríada basal material* del derecho administrativo en el Estado constitucional contemporáneo:

niveles de obligaciones estatales del siguiente modo: respetar, se define por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho; proteger, consiste en la obligación de impedir que terceros injerjan, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes; garantizar, supone asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo; promover, se caracteriza por el deber de desarrollar las condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

49 Fallos: 336:672 y sus citas.

50 *Ibidem*.

dignidad de la persona humana; derechos fundamentales que le son inherentes y el principio pro persona.

En tal sentido, una de las funciones básicas que el procedimiento administrativo está llamado a cumplir no es otra que la garantizar y asegurar el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona humana.

A tenor del nuevo esquema legal de ordenación resulta indudable que las modificaciones introducidas por la Ley 27.742 a la Ley *de facto* 19.549 ignoraron que, en el Estado constitucional vigente en la república, el procedimiento también es el cauce primario de protección de los derechos sociales, en tanto es uno de los instrumentos jurídicos idóneos para asegurar el mínimo vital o existencial de la persona humana.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores reafirmamos que el procedimiento administrativo debe ser entendido como el conjunto de trámites y actuaciones dirigidos a preparar la actividad (formal y no formal) de los órganos, entes y personas jurídicas que desarrollan la actividad administrativa en función de servir de manera directa e inmediata a las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática, según los vínculos jurídicos fundamentales que impone el bloque de juridicidad en el Estado constitucional.

(iii) El procedimiento administrativo como presupuesto de admisibilidad de la pretensión procesal y sus excepciones

Como correlato del elenco de poderes y prerrogativas conferidos por el ordenamiento jurídico a la Administración para gestionar el interés general, el talante *defensivo* marcó la impronta inicial del procedimiento administrativo⁵¹.

El perfil defensivo del procedimiento administrativo pervive nítida y vitalmente en la impronta invalidante del sistema impugnatorio, devenido, además, en presupuesto procesal obligatorio de admisibilidad de la pretensión contencioso administrativa (arts. 23 y 24, LNPA modif. por Ley 27.742). En relación con el acto

51 Las causas que justificaron la “procedimentalización” de la actividad administrativa son múltiples. Así se sostiene que, en primer lugar, el procedimiento administrativo aparece como reacción natural del Estado liberal de derecho ante el fenómeno de la asunción de potestades autoritarias por la Administración. En este sentido, Juan A. Santamaría Pastor apunta que el procedimiento administrativo aparece así como fórmula transaccional entre los principios del nuevo régimen político y la tradición absolutista (que actuaban de manera expedita rápida y sin sujeción a trámites rituales); se admitió entonces que la Administración pudiera ejercer potestades en contra de particulares bien que sometiendo a éstas a cauces formales similares a los del proceso judicial. Con esta fórmula se conjugó la existencia de una administración fuerte con la garantía de los derechos de los ciudadanos (*Principios de derecho administrativo*, Vol. II, Madrid, 1999, pp. 53-54). También se señala como causa del procedimiento administrativo al crecimiento orgánico de la Administración acaecida en los dos últimos siglos y la necesidad de lograr su normalización funcional para asegurar la vigencia efectiva del principio de jerarquía y racionalizar el funcionamiento de la organización: la actuación conforme a procedimientos normativamente predeterminados.

definitivo (o que impida totalmente la tramitación de la pretensión) el art. 23 LNPA, en su actual redacción, mantiene el agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa. Sin embargo, el actual art. 23 inc. *b* incorpora expresamente salvedades al tránsito de la vía administrativa previa. Una de ellas atañe al *amparo*. La introducción de una pretensión de amparo (o de *otra* pretensión *urgente*) es una de las excepciones expresamente contempladas al agotamiento de la vía administrativa (art. 23 inc. *b, iii*, LNPA).

De este modo la carga de transitar la vía administrativa previa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa aparece *atenuada* frente a los actos administrativos desfavorables que ponen en juego el contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad y las leyes. Cabe recordar que el art. 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994 caracteriza el amparo como vía *expedita*. Ello significa que la introducción de una pretensión de amparo es directa, sin obstáculos que la puedan condicionar como es, v.gr. el agotamiento de la vía administrativa. Por cierto, el acceso directo a la jurisdicción está constitucionalmente subordinado a que se acredite la inexistencia de otro dispositivo de protección judicial más idóneo que el amparo. Naturalmente, en los supuestos de lesión sobre *derechos fundamentales indisponibles*, estamos en situaciones o *casos puros de amparo*⁵². En estos supuestos se presume que el amparo es la vía o medio judicial más idóneo. Por ende, frente a la presunción de idoneidad del amparo para atender y dirimir cuestiones relativas a derechos fundamentales indisponibles, atañe a la demandada demostrar que, en el caso, el amparo no es la vía judicial *más* idónea. Distintas son las situaciones que se encuentran en el *halo del concepto* “medio judicial más idóneo”. Tal es lo que ocurre con las pretensiones cuyo objeto atañe a derechos disponibles, renunciables, como sucede, v.gr. con las cuestiones de carácter patrimonial. En estas, atañe a la parte actora destruir la presunción de eficacia del orden procesal ordinario. Por ende, en los casos que atañan a derechos disponibles o patrimoniales, el acceso directo o expedito queda constitucionalmente subordinado a la inexistencia de otro medio judicial más idóneo.

En definitiva: la salvedad introducida por la Ley 27.742 en el art. 23.b.iii LNPA –en tanto excepciona a la pretensión de amparo del agotamiento de la vía administrativa– guarda congruencia con el principio de accesibilidad inmediata establecido en el art. 43 CN.

Sobre este aspecto, cabe tener en consideración que el *amparo interamericano*, consagrado en el art. 25 de la CADH, no condiciona su admisibilidad a la existencia de otro medio judicial más idóneo. Esta previsión normativa tampoco

52 Para ampliar: ver: SAMMARTINO, Patricio M.E., *Amparo y Administración en el Estado constitucional social de derecho*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, T. II, 2012.

exige, como requisito de admisibilidad y procedencia, que la lesión al derecho fundamental sea producida por un acto portador de ilegitimidad manifiesta.

1.5. *El procedimiento administrativo como requisito esencial del acto administrativo*

(i) *Configuración legal del requisito esencial “procedimiento” (art. 7º, inc. d, LNPA, modif. por Ley 27.742)*

El art. 7º de la LNPA erige al procedimiento administrativo en requisito esencial acto administrativo. La Ley 27.742 mantiene ese criterio. Sin embargo, el nuevo texto legal incorpora modificaciones en la configuración del elemento.

a) El texto originario del art. 7º inc. d) de la LNPA establecía que “antes” de la emisión del acto se deben cumplir “los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico”. Se indicaba también que el *dictamen* proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico es esencial cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.

La doctrina especializada de nuestro país, inspirada en el pensamiento de Fiorini, enfatizó que los deberes impuestos por este inciso del art. 7º LNPA consagran el *debido procedimiento administrativo previo* a todo acto. Esta garantía se abastece del debido proceso adjetivo (arts. 18, CN; 1º, inc. f, LNPA, según el texto originario), mas no la agota en él por cuanto el debido procedimiento previo abarca, además, la observancia de los procedimientos que exceden la participación defensiva del interesado. Para el prof. Armando Canosa el debido procedimiento previo es el núcleo de la tutela administrativa efectiva⁵³.

b) La Ley 27.742 de 2024 introdujo modificaciones en el art. 7º inc. d⁵⁴.

En efecto; el régimen legal vigente dispone que *antes* de la emisión del acto administrativo, se deben cumplir los procedimientos administrativos previstos en el ordenamiento jurídico (art. 7º, inc. d, LNPA, ref. por Ley 27.742)⁵⁵. La redac-

53 CANOSA, Armando, *Procedimiento administrativo...* op. cit., p. 77.

54 El art. 7º inc. d, conforme lo establece la Ley 27742 prescribe: “d) Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan las normas especiales, se incluyen en estos últimos (i) el respeto a la tutela administrativa efectiva de quienes pueden verse afectados por el acto de alcance particular en sus derechos o intereses jurídicamente tutelados; y (ii) el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados”.

55 El actual art. 7º inc. d eliminó del texto anterior de la LNPA el significante “procedimientos esenciales y sustanciales”. De este modo el legislador reafirma el deber de la Administración de respetar, sin ambages, el debido procedimiento administrativo previo.

Cabe recordar que el *debido procedimiento administrativo previo* –que en su formulación reducida se lo denomina debido procedimiento previo– es una garantía del particular frente a las

ción actual de esta previsión legal abandona la pretérita identificación del elemento procedimiento con los procedimientos esenciales y sustanciales. De consiguiente, requisito esencial procedimiento se configura con la observancia de los procedimientos (expresos e implícitos) previstos en el ordenamiento jurídico.

El art. 7º inciso *d* de la LNPA, en su actual redacción, enfatiza que el contenido del elemento consiste cumplir los procedimientos de elaboración previstos en el ordenamiento jurídico *antes* de la emisión del acto. El susodicho procedimiento tiene prioridad, y por tanto debe anteceder, en el tiempo y el trámite, al acto administrativo.

Naturalmente, el art. 7º inc. *d*, cuando alude a “los procedimientos administrativos previstos en el ordenamiento jurídico” se refiere tanto a los recaudos formales consagrados en *reglas*, expresas y también razonablemente implícitas, como también a los que emanan de los *principios generales* de derecho o de justicia natural (v.gr., tal es lo que sucede con la audiencia previa del interesado que pudiera resultar afectado por la actuación de la Administración).

Consiguientemente, en su actual formulación este requisito esencial consagrado en el art. 7º inc. *d*) queda configurado del siguiente modo: antes de la emisión del acto administrativo se deben cumplir los procedimientos (en puridad, las formas en sentido amplio) previamente establecidos –de manera expresa o razonablemente implícita– en las *normas* (reglas y principios) que conforman el ordenamiento jurídico.

La observancia de los procedimientos estatuidos por la *norma* aplicable del ordenamiento jurídico constituye un *recaudo indispensable de elaboración* del acto administrativo. Concierno a su legitimidad. La grave violación o, en su caso, la total y absoluta prescindencia del recaudo formal previsto en una regla

prerrogativas de la Administración y, a la vez, un principio basilar del procedimiento administrativo. Ora como garantía, ora como principio, el debido procedimiento administrativo previo se abastece, mas no se agota, con el debido proceso adjetivo, garantía ésta que, en el nuevo texto legal, aparece mejorada y ampliada a través de la tutela administrativa efectiva. En efecto: el debido procedimiento administrativo previo no se limita únicamente a garantizar la participación defensiva del particular; tiene un contenido más amplio en tanto indica que los actos administrativos se deben producir según las formas consagradas en las *reglas y principios* que conforman el bloque de juridicidad en el Estado constitucional, al que está sometida la función administrativa.

(expresa⁵⁶ o razonablemente implícita⁵⁷) o en un principio⁵⁸ acarrea –como se verá más adelante– la nulidad absoluta del acto administrativo⁵⁹.

(ii) *El elemento esencial “procedimiento” y la garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva*

La segunda parte del art. 7º, inc. d), reformado por la Ley 27.742, incluye a la *tutela administrativa efectiva* y el *dictamen jurídico previo* como elementos viscerales del requisito esencial procedimiento.

a) El art. 1º bis establece que la *tutela administrativa efectiva* es un principio fundamental del procedimiento. A la vez, de su regulación se extrae que, a más de principio, la tutela administrativa efectiva adquiere el carácter de *garantía fundamental* a favor del particular y deber de todos los órganos que despliegan la función administrativa. El mencionado artículo, afinado en la pretérita regulación del debido proceso adjetivo (art. 1º inc. f, LNPA, texto originario) establece el contenido de la garantía en cuatro diferentes parcelas o segmentos.

Con respecto al dictamen jurídico previo cabe hacer notar que su función es garantizar la sujeción de la Administración al *bloque de juridicidad* (del Estado constitucional vigente en la república con posterioridad a la Reforma Constitucional de 1994) en aquellos casos que el acto pueda afectar los derechos e intereses jurídicamente tutelados. Sin embargo, a despecho del art. 36 de la CN, cuarto párrafo, el art. 7º inc. d, *in fine*, no establece la obligatoriedad del dictamen en los supuestos de actos favorables que pongan en juego la hacienda pública.

b) La segunda parte del art. 7º, inc. d, LNPA, reafirma el talante defensivo que marcó la impronta inicial del procedimiento administrativo. En su versión originaria⁶⁰, art. 1º, inc. f) de la LNPA establecía el derecho de los interesados al debido proceso adjetivo comprende el *derecho a ser oído* (antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos); el *derecho*

56 Fallos: 308:108 (“Borgo, Hermes Francisco c. Junta Nacional de Granos”, de 13.2.1986).

57 Fallos: 341:1148 (Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional Ministerio de Desarrollo Social (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) consid. 8º, tercer y cuarto párrafo, de 11/09/2018; CNFed. Contén.-Adm., Sala II, “American Airlines Inc. c/Sec. de Comercio e Inversiones” de 4/05/00, en ED Serie Especial de Derecho Administrativo de 29/09/2000, p. 16.

58 Fallos: 324:1403 (“Copa, Diego c/ ANSéS”, 24-4-2001).

59 Art. 14, inc. b (iv), LNPA, modif. por Ley 27.742.

60 Según se desprende de la Exposición de motivos elaborada por los juristas del régimen *de facto* designados para redactar el anteproyecto de Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) en 1971, el texto originario de la ley consagraba los principios básicos a los que deberán ajustarse los procedimientos administrativos en cuanto tienda a asegurar a los interesados debido proceso, de las que no pueden reputarse ajenos los atinentes a los requisitos esenciales del acto administrativo, su estructura, validez, eficacia. Concretamente, el principal propósito de la LPA, en su versión original –labrada extramuros del Estado de Derecho– fue garantizar el respeto al debido proceso.

a ofrecer y producir prueba y el derecho a una decisión fundada (en el bloque de legitimidad).

c) En el Estado constitucional vigente en la república, el prístino carácter defensivo del procedimiento administrativo se potencia a través del reconocimiento de la de la *tutela administrativa efectiva* como *garantía fundamental* reconocida en la CN convencionalizada⁶¹ –ahora reglamentada legalmente en los arts. 1° *bis a*), 7°, inc. *d*, y 14 inc. *b*, ap. *iv*, LNPA reformada– y también como *deber* de la Administración.

Siguiendo la línea jurisprudencial trazada por el alto Tribunal en “Astorga Bracht”⁶² veinte años atrás, la reciente Ley 27.742 erige a la tutela administrativa efectiva en principio fundamental del procedimiento administrativo (art. 1 *bis*, LNPA). Los diferentes momentos de la tutela administrativa (art. 1 *bis*, LNPA) configuran el núcleo irreductible del elemento esencial “procedimiento” (art. 7° inc. *d*, LNPA).

La tutela administrativa efectiva además de principio es un *deber* que deben observar los órganos, entes y personas jurídicas que tienen asignada la función administrativa. Por cierto, la tutela administrativa es una *garantía fundamental propia e inherente al derecho administrativo en el Estado constitucional*, entendido como Estado de los derechos fundamentales. Las garantías, explica L Ferrajoli, son técnicas previstas para reducir la distancia estructural entre la normatividad y la efectividad; ellas posibilitan la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia la Constitución⁶³.

En paralelo con la tutela judicial efectiva, el fundamento de la tutela administrativa efectiva reposa en el art. 18 de la CN y en diferentes previsiones normativas contenidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN): arts. XVIII

61 Fallos: 327:4185; 346:12.

62 Fallos: 327:4185 (“Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comisión Federal de Radiodifusión s/amparo”). El consid. 7° puntualiza que la tutela judicial y administrativa es una *garantía* que “supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –a lo que cabe agregar ante las autoridades administrativas competentes– y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –o procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión– fundada” (Fallos 310:1819).

Sobre este tema véase los trabajos de CANOSA, Armando N., *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 72 y ss; del mismo autor: “Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva”, *RAP*, 323, p. 75; y URRUTIGOITY, Javier, “El principio de tutela administrativa efectiva”, *JA* 2005-IV, Suplemento de Derecho Administrativo del 30/11/2005, p. 35.

63 FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 23.

y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8° y 25, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 2°, inc. 3°, aps. a) y b), y 14, inc. 1°, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁴.

(iii) *La tutela administrativa efectiva en la jurisprudencia de la CSJN*

Según se desprende del considerando 7° de “Astorga Bracht” el *contenido esencial* de la tutela administrativa efectiva se abastece de la facultad de todo particular de *acceder a un procedimiento administrativo conducido en legal forma*, de manera tal que se garantice una *decisión administrativa fundada en derecho* que, en la práctica, resulte *útil* para asegurar la oportuna protección de los derechos e intereses jurídicos de las personas.

Un análisis sistemático del considerando 7° de “Astorga Bracht” permite discernir diferentes fases, segmentos o momentos de la tutela administrativa efectiva.

La primera atañe al derecho *de acceder* al procedimiento administrativo sin valladares ni obstáculos que puedan obstaculizar la protección adecuada y oportuna de derechos o intereses jurídicos del interesado. Este primer segmento o momento de la tutela administrativa efectiva concierne específicamente a posibilidad de ocurrir y peticionar ante la autoridad administrativa⁶⁵ y ser admitido

64 Fallos: 327:4185.

65 El art. XXIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), reza lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener una pronta resolución”.

El derecho a *obtener una pronta resolución* establecido en la norma pretranscripta impone, a la autoridad competente, el deber correlativo de resolver según los principios de celeridad y de eficacia administrativa.

Ciertamente la garantía constitucional “de obtener una pronta resolución” de las peticiones presentadas a las autoridades administrativas lleva ínsita la facultad de exigir del órgano competente el cumplimiento de los plazos legales para emitir los necesarios actos preparatorios o de mero trámite necesarios para resolver; a la vez, consagra el deber de aquéllos de respetar las formas impuestas de manera previa al dictado del acto.

Concretamente: el art. XXIV de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDDH), brinda fundamento a las dos primeras fases o momentos de la garantía a la tutela administrativa efectiva, el de acceso y el de obtener *con prontitud* una respuesta, una decisión fundada.

Cabe puntualizar que la vulneración del deber de brindar *pronta resolución* dará lugar a la acción judicial de pronto despacho, el amparo por mora regulado en el art. 28, LNPA. Creemos, sin embargo, que en atención a su especificidad, el acceso a la jurisdicción por medio del amparo por mora administrativo tiene sustento, más que en el art. 43, CN, en el art. 75, inc. 22, CN. En efecto, el art. XXIV, DADDH, coetáneamente reconoce el derecho a peticionar ante cualquier autoridad competente –lo cual incluye a los órganos que desarrollan la función administrativa– y reconoce el derecho de obtener una resolución (fundada en derecho) “pronta”. Ciertamente, esta garantía no agota sus efectos a las autoridades públicas que desarrollan función administrativa sino que, en tanto en cuanto dicha norma no diferencia el tipo de órgano o función, el cumplimiento del deber de “obtener

en el procedimiento sin limitaciones arbitrarias. Va de suyo que dentro de este primer momento está contemplada una legitimación que concierna no solo a derechos subjetivos sino también a los intereses jurídicamente protegidos dentro de los cuales quedan incluidos los derechos de incidencia colectiva en la doble formulación establecida en el precedente “Halabi”⁶⁶.

De consiguiente, resulta contrario a este segmento de la tutela administrativa todo valladar legal o reglamentario que limite, condicione o impida el acceso o la participación del interesado en el procedimiento como sería, v.gr., la exigencia establecida por un acto general, normativo o no normativo, de desistir los recursos administrativos o acciones judiciales presentados contra decisiones legal, reglamentarias o actos administrativos⁶⁷ como condición para participar en un concurso.

El segundo momento o segmento incumbe al *derecho a un procedimiento conducido en legal forma*, esto es, el derecho a la concreta y efectiva observancia del debido procedimiento administrativo previo⁶⁸.

Esta segunda fase de la tutela administrativa efectiva se integra con tres segmentos homogéneos aunque separables: (i) la garantía del *debido proceso legal*⁶⁹ en cuyo núcleo se aloja el *derecho a ser oído antes del dictado del acto adminis-*

una pronta resolución” es también predicable frente a los órganos legislativo o judicial cuando desarrollan, precisamente, su propia y específica función. A su vez –si bien a través de un concepto jurídico indeterminado– el derecho a una resolución “pronta” de las peticiones realizadas ante las autoridades públicas se presenta como básico estándar de control de razonabilidad de las normas regulatorias de los plazos para el ejercicio de las funciones administrativas, legislativas y judiciales.

66 Fallos: 332:111.

67 CSJN, “Astorga Bracht”, consid. 5º y ss., de 14/10/2004.

68 Armando Canosa puntualizaba que el debido procedimiento previo es el núcleo central de la tutela administrativa efectiva (CANOSA, Armando, *Procedimiento administrativo... op. cit.*, p. 77). En línea con Fiorini, Julio Rodolfo Comadira señalaba que no hay razón para dejar de plantear el debido procedimiento previo como requisito esencial de validez para el dictado de los actos pertinentes (COMADIRA, Julio Rodolfo, “Las bases constitucionales del procedimiento administrativo”, en *Elementos de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 955).

69 La traslación de las garantías judiciales al procedimiento administrativo aparece con toda claridad en los párrafos 124 y siguientes del caso “Baena”, de 2 de febrero de 2001. los hechos, sucintamente, son los siguientes: en el marco de una *decisión administrativa que dispuso la cesantía* (declaró insubsistente el nombramiento) de 270 empleados públicos por haber participado de una marcha y de un paro –que coincidió con un intento de levantamiento militar– *sin que se le hubiese garantizado un debido proceso* con las garantías contempladas por la CADH. La Corte IDH destacó que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. en ese entendimiento sostuvo que si bien el art. 8º de la CADH se titula “garantías judiciales” su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto. al referirse al debido proceso consideró que es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. las garantías mínimas, dijo el tribunal interamericano, deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

trativo que la afectó (art. 1, inc. f, ap. 1° de La ley 19.549 originaria; art. 1° bis a (i) LNPA reformada por Ley 27.742) o, como lo indicó la CSJN en “Flores”, con remisión al dictamen de la Procuración Fiscal, el “derecho a una instancia de participación previa al dictado de un acto administrativo de gravamen”⁷⁰; (ii) el derecho

En suma: en esa sentencia la Corte IDH sostiene que si bien el artículo 8° de la convención americana se titula “garantías judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos *ante cualquier tipo de acto del estado* que pueda afectarlos. es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. en el párrafo siguiente señala que en virtud del amplio alcance del debido proceso “el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8°.1 y 8°.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes”.

En “Ivcher Bronstein”, en el que la autoridad administrativa competente canceló la nacionalidad del accionista mayoritario, director y presidente de un canal de televisión sin haberse comunicado antes de su emisión con la persona afectada, la Corte IDH estimó que la privación del título de nacionalidad por naturalización de interesado vulneró su derecho a la nacionalidad como también a la garantía del debido proceso legal. Básicamente, el Tribunal consideró que la decisión violó los derechos consagrados en los artículos 8°.1 y 8°.2 de la CADH. Específicamente, el Tribunal enfatizó que el art. 8°.1 de la CADH –en tanto reconoce el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente– *es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública no judicial afecte la determinación de sus derechos* (Corte IDH, caso “Ivcher Bronstein”, sentencia del 6 de febrero de 2001, v. párrafos 104,105 y 110).

El mismo criterio se adoptó en “Comunidad Indígena Sawhoyamaya”. En este caso, el Tribunal Interamericano reiteró que el debido proceso legal debe respetarse en procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas (Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya”, sentencia del 29 de marzo de 2006, v. párrafos 81 y 82).

En línea con la doctrina de estos precedentes se inscriben “Maldonado Ordóñez vs. Guatemala”, sentencia de 3 de mayo de 2016; “Petro Urrego vs. Colombia”, sentencia de 8 de julio de 2020; “Urrutia Laubreaux”, de 27 de agosto de 2020; Corte IDH, caso “Exembajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala”, sentencia de 17 de noviembre de 2021, entre otros.

En “López Mendoza vs. Venezuela”, el Tribunal tuvo ocasión de valorar concretamente si la imposición de una multa al interesado había respetado el debido proceso.

En este caso el Tribunal consideró que, en las diferentes fases de los procedimientos administrativos de responsabilidad, se ofrecieron oportunidades y audiencias al interesado para la presentación de alegatos y pruebas. En tal sentido se señaló que la víctima tuvo una participación activa en los procedimientos que se siguieron en su contra, fue notificado del inicio de los mismos, pudo hacerse representar por abogados, presentó pruebas testimoniales y documentales, interpuso recursos, todo ello obteniendo pronunciamientos en atención a sus solicitudes. De acuerdo con esas constancias la Corte IDH consideró que no existió violación del derecho a la defensa por parte de las autoridades administrativas y judiciales que se pronunciaron respecto a la imposición de las sanciones de multa (Corte IDH, caso “López Mendoza vs. Venezuela”, sentencia, de 1 de septiembre de 2011, v.párrafo 118).

70 Fallos: 346:12 (“Flores, María José c/ EN-M Público de la Defensa s/ Amparo ley 16.986”, de 09/02/2023).

a una *decisión fundada* –en los hechos y el Derecho– emitida con prontitud⁷¹. En efecto: la decisión debe exhibir fundamentación o motivación suficiente, garantía ínsita en el debido proceso legal; y (iii) el derecho a que la Administración se pronuncie en tiempo oportuno, esto es dentro de un *plazo razonable*.

En el segundo momento de la garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva se refugian las modulaciones producidas por la traslación de las garantías judiciales que, en función del debido proceso legal, reconoce el art. 8º de la CADH, al procedimiento administrativo⁷². Naturalmente, también son predicables las interpretaciones que realiza la Corte IDH en torno al art. 8º, CADH. Las garantías que, en función del debido proceso legal⁷³, reconoce el art. 8º de la CADH deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas⁷⁴. Ello a efectos de alcanzar decisiones justas.⁷⁵ Cabe recordar que, según lo subraya la Corte IDH el pleno respeto de las garantías del debido proceso legal es exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas *decisiones puedan afectar los derechos de las personas*. Las garantías que reconoce el art. 8º CADH procuran que las personas estén en condiciones de *defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos*⁷⁶.

La tercera fase de la tutela administrativa efectiva se vincula con el derecho subjetivo del particular no solo a una decisión fundada en derecho, sino también a una *decisión administrativa útil*. Ello significa que el acto terminal del procedimiento debe ser efectivizado en su propia naturaleza (*in natura*) e integridad, no mediante prestaciones sustitutivas.

El tercer momento, relativo a la *efectividad in natura* de la decisión que se adopte, lleva ínsito el derecho de solicitar y obtener medidas asegurativas, de

71 Conf. art. XXIV, DADDH.

72 Las garantías establecidas en el art. 8º de la Convención Americana suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos, de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades *antes* de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones (conf. Corte IDH, “Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala”, sentencia de 17 de noviembre de 2021).

73 Corte IDH, caso “Baena Ricardo Vs. Panamá”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 137.

74 Corte IDH, caso “Baena Ricardo vs. Panamá”, párr. 127, y caso del “Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párr. 167; caso “Maldonado Ordóñez VS. Guatemala”, sentencia de 3 de mayo de 2016, párrafo 73.

75 Corte IDH, caso “Maldonado Ordóñez vs. Guatemala”, sentencia de 3 de mayo de 2016, párrafo 73.

76 Corte IDH, “Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala, sentencia de 17 de noviembre de 2021.

protección cautelar –en sede administrativa y judicial–, que resulten idóneas para garantizar la utilidad y efectiva concretización in natura de lo decidido en el procedimiento administrativo. Concretamente, en el derecho a una decisión administrativa útil está incluido el derecho a una *tutela administrativa instrumental y provisional de urgencia*, de talante asegurativo. Las medidas cautelares administrativas no quedan limitadas a la suspensión de los efectos del acto. Comprenden además la tutela innovativa, positiva y naturalmente las medidas conservativas.

(iv) *La garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva según el art. 1° bis inc. a) de la LNPA reformada*

Según lo estatuye el art. 1° bis LNPA la tutela administrativa efectiva comprende, básicamente, el derecho a ser oído *antes* de la emisión del acto que refieran a sus derechos o intereses jurídicamente protegidos; el derecho a interponer recursos y al patrocinio y representación profesional; el derecho a ofrecer y producir prueba, lo cual conlleva el derecho a controlar la producción de la prueba; derecho a una decisión fundada, debiéndose considerar los principales argumentos y cuestiones propuestas; derecho a que el procedimiento tramite y concluya dentro de un plazo razonable.

La versión legal de la *tutela administrativa efectiva* (art. 1° bis, LNPA) mantiene el núcleo duro de la garantía al debido proceso adjetivo, tal como estaba regulada en la versión originaria de la LNPA. En ese entendimiento, se incluye el insoslayable derecho a ser oído *antes* de la emisión del acto que pueda afectar derechos e intereses. Dentro de éste se insertan el derecho al recurso y a hacerse patrocinar y representar.

La norma –llamada a garantizar la tutela administrativa efectiva del interesado– flexibiliza el deber legal de realizar una audiencia pública en tanto se otorga una facultad discrecional de sustituir la audiencia pública por el mecanismo de consulta pública o aquél que resulte más idóneo para la mejor y más eficiente participación de los interesados. Se enfatiza que el contenido de las instancias participativas “no será vinculante” aunque se destaca que, para la emisión del acto, la Administración tiene el deber de considerar las principales cuestiones allí tratadas. Ciertamente en este aspecto será necesario examinar, caso por caso, si la facultad de optar por sustituir la audiencia pública por otro mecanismo de participación respeta o no el contenido esencial del derecho fundamental a la participación de usuarios y consumidores consagrado en el art. 42 CN. Básicamente será menester controlar la observancia de los subprincipios de adecuación y necesidad.

A la vez no podemos ignorar que el art. 1° bis inc. a ap. (i) tercer párrafo, LNPA reformada, en cuanto habilita a la Administración a “sustituir” a la audiencia pública establecida por leyes especiales regulatorias por otro mecanismo de consulta pública, no puede superar exitosamente el test de constitucionalidad

por cuanto una ley general (como es el art. 1° *bis a*, ap. (i), tercer párrafo LNPA) no tiene ni puede tener preeminencia sobre una ley especial, como v.gr. las leyes que específicamente regulan los servicios públicos o la protección del ambiente. La jurisprudencia es clara al respecto: *las normas especiales tienen, como tales, prevalencia sobre las normas generales*⁷⁷.

Cabe hacer notar que el estándar establecido en el art. 1° *bis a* (i), segundo párrafo, LNPA modificada por Ley 27.742, en cuanto establece que la Administración debe “considerar las principales cuestiones conducentes” planteada por los interesados en las instancias participativas, es predicable como regla general no solo para las audiencias públicas sino también en todo tipo de procedimiento en el que existan particulares interesados. Hace a la observancia del elemento esencial *procedimiento* la concreta y efectiva *valoración de argumentos y prueba* ofrecida por el interesado en respaldo de su derecho e intereses. Esta garantía está reconocida específicamente en el art 1° *bis a* (iii), LNPA.

Esa misma idea rectora también está presente en el art. 8° *bis*, LNPA, en cuanto se establece que la autoridad regulatoria deberá considerar fundamentamente las opiniones vertidas en la consulta pública.

En segundo lugar, el art. 1° *bis a* (iii) LNPA incluye el “derecho a ofrecer y producir pruebas”. El legislador actual ha puntualizado que lo relativo a la producción de la prueba deberá contar con el oportuno control de los interesados y sus profesionales.

El tercer estadio de la tutela administrativa está consagrado en el art. 1° *bis a* (iii), LNPA. Allí se incluye el “derecho a una decisión fundada”.

En línea con el art. 1° *bis a* (i) segundo párrafo y 8° *bis*, LNPA, mencionada previsión normativa indica que la decisión deberá considerar los principales argumentos y cuestiones propuestas, entre ellas, la prueba conducente para solución del caso. En puridad, este subinc. impone el deber de adecuada y suficiente motivación o fundamentación del acto.

Finalmente, en cuarto lugar, el art. 1° *bis a* (iv) incorpora el “derecho a un plazo razonable”. Más concretamente se impone el deber de que los procedimientos tramiten y concluya en un plazo razonable por decisión escrita y expresa. De este modo la reforma adopta el criterio sostenido por la CSJN en “Losicer”⁷⁸ y “Bonder Aron”⁷⁹, y sus citas.

77 CNCAF, Sala I, “Giustiniani Ruben c/ YPF” y sus citas, de 14.8.2014.

78 Fallos: 335:1126 (“Losicer Jorge Alberto y otros c/ BCRA”, cons. 8°- 2012).

79 Fallos: 336:2184 (2013).

(v) *Procedimiento administrativo y dictamen jurídico previo*

La segunda parte del art. 7º, inc. d), reformado por la Ley 27.742, mantiene el criterio originario en cuanto incluye el dictamen jurídico como parte del requisito esencial procedimiento.

Según la doctrina tradicional de la PTN el dictamen jurídico previo (a la emisión del acto administrativo que pudiera afectar derechos subjetivos o intereses jurídicamente protegidos) tiene una doble finalidad. Por un parte constituye una garantía para los administrados pues impide a la Administración el dictado de actos que se refieran a sus derechos subjetivos e intereses legítimos sin la debida correspondencia con el orden jurídico vigente. Por otro evita probables responsabilidades del Estado al advertir a las autoridades competentes acerca de los vicios que el acto pudiera contener⁸⁰. El alto organismo asesor ha señalado también que el dictamen jurídico no puede constituir una relación de antecedentes ni una colección de afirmaciones dogmáticas. Antes bien, debe constituir el análisis exhaustivo y profundo de una situación jurídica determinada, efectuada a la luz de las normas vigentes y de los principios generales que las informan, a efectos de recomendar conductas acordes con el ordenamiento jurídico⁸¹.

Volveremos sobre este punto en 2.1.iii.e).

(vi) *Conclusiones*

Un análisis comparativo inicial permite vislumbrar que regulación *legal* de la tutela administrativa efectiva (art. 1º bis, Ley 27.742) es una versión más comprimida de la labrada por la jurisprudencia en “Astorga Bracht”. Concretamente: la norma legal prescinde del primer y tercer momento segmento: el acceso sin valladares a la Administración y el derecho a una decisión útil, efectiva. Esta última lleva ínsito la posibilidad de acceder un amplio catálogo de medidas administrativas de protección cautelar, en paralelo la Ley 26.854. Recuérdese que esta ley contempla el principio de *libre configuración cautelar* (art. 3º.1) al tiempo que regula diferentes clases o tipos de tutela asegurativa (arts. 13 a 17, Ley 26.854).

Por cierto, la regulación legal de la tutela administrativa efectiva doblemente incompleta. De un lado, ignora el primer y tercer momento de esa garantía, tal como lo entendió la CSJN en “Astorga Bracht”. A la vez el legislador dejó pasar la oportunidad para incorporar las diferentes variables del procedimiento administrativo que guardan congruencia con la *tríada basal material* del derecho administrativo en el Estado constitucional: dignidad de la persona humana; derechos fundamentales inviolables que le son inherentes y principio pro persona. Concretamente, el legislador ignoró que era necesario regular un elenco de variables correctivas del procedimiento administrativo común clásico. De este modo se desdeñó la posibilidad de regular

80 PTN Dictámenes 243:98; 243: 216 y sus citas; 241:419, entre muchos otros.

81 PTN 324:27 y sus citas: v. Dictámenes 249:357; 268:234.

por vía legislativa el *procedimiento administrativo constitucional-convencional*; el *procedimiento administrativo urgente* y el *procedimiento administrativo colectivo*⁸².

2. SEGUNDA PARTE: VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y AMPARO

2.1. *Vicios en el elemento “procedimiento administrativo” y sus consecuencias*

(i) *Introducción*

a) Los arts. 14 y 15⁸³ de la LNPA, reformada por Ley 27.742, regulan el régimen de las nulidades administrativas.

El art. 14 LNPA establece las causales de nulidad absoluta. La estructura de esta previsión normativa vincula el esquema de ordenación de los defectos graves, determinantes de nulidad absoluta, con los requisitos esenciales del acto enumerados en el art. 7º, LNPA.

La antedicha interconexión –entre requisitos esenciales y vicios que provocan la nulidad absoluta– no es completa. Así, el art. 14 inc. b) LNPA reformada no reconoce sustantividad al vicio en la motivación (art. 7º inc. e, LNPA).

El art. 15 LNPA, por su parte, contempla al acto administrativo afectado por vicios no graves. La ley lo describe como acto portador de “un defecto o vicio no previsto en el precedente art. 14”. La ley vigente los califica como actos anulables o de nulidad relativa.

b) Las modificaciones introducidas por la Ley 27.742 en el régimen de la invalidez del acto administrativo se inspiraron en la Ley 39/15, de España (arts. 47 y 48) y en sus antecesoras, arts. 61 y 62 de la Ley 30/92, modificada por Ley 4/99. En estos cuerpos normativos –como ocurría con su fuente, los arts. 47 y 48 de la LPA española sancionada durante la dictadura franquista en 1958– los vicios determinantes de nulidad de pleno derecho están *tasados*; a la vez, el resto de las transgresiones al bloque de legalidad operan de manera residual como causales de anulabilidad del acto.

c) Ciertamente, el estímulo creativo e innovador que animó la introducción de modificaciones en el sistema nacional de nulidades administrativas plasmó un esquema de ordenación incompleto e insuficiente.

Existiendo modelos plausibles en el derecho público provincial (como v.gr., los arts. 51 a 71 de la Ley 9.003, de Mendoza o los arts. 66 a 68 de la Ley 1284, de

82 Para ampliar: SAMMARTINO, Patricio M.E., *Amparo y Administración en el Estado constitucional social de derecho*, Buenos Aires, 2012, T. I, p. 176 y ss.

83 “Artículo 15.- El acto administrativo es de nulidad relativa, y sólo será anulable en sede judicial, si presenta un *defecto o vicio no previsto en el precedente artículo 14*. Las irregularidades u omisiones no esenciales no dan lugar a nulidad alguna”.

la provincia de Neuquén, entre otros ordenamientos) la LNPA *reformada* reguló con nitidez y precisión solo algunos supuestos de ilegitimidad grave. Así sucede, v.gr., con los arts. 14, inc. *b*, ap. (ii) –relativo al vicio en la causa “por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocado”–; al ap. (iii) –en cuanto atañe al vicio en el objeto cuando “no fuera cierto, física o jurídica posible”–; o en el ap. (iv) –en tanto y en cuanto se tipifica el acto que hubiere “omitido la audiencia previa del interesado”–.

A diferencias de las anteriores, otras causales de nulidad absoluta previstas en el art. 14, de la LNPA reformada, exhiben, en cambio, una inquietante *imprecisión*.

Esa falta nitidez –que conspira contra la previsibilidad y seguridad jurídica– está presente en los vicios de “abuso de poder” –art. 14 inc. *b* ap. (v)–; “violación grave del procedimiento” –art. 14 inc. *b* ap. (iv)–; el vicio en el objeto por no resultar “conforme a derecho” –art. 14 inc. *b* ap. (iii)–; “grave defecto en la formación de la voluntad del órgano colegiado” –art. 14 inc. *a*, ap. *v* (en relación con este vicio cabe señalar que ningún artículo de la ley *reformada* indica qué recaudos básicos de legitimidad debe reunir la voluntad del órgano colegiado art. 14 inc. *a* ap. (v)–. A todos estos se agrega la ausencia de toda mención a la carencia o vicio grave en el elemento *motivación*.

Cabe apuntar que la *indeterminación* también es la característica que informa a casi todos los denominados (nuevos) principios fundamentales del procedimiento administrativo (art. 1° *bis* de la LNPA, en su actual redacción).

Ciertamente, la reforma introducida por la Ley 27.742 al régimen legal de la invalidez limitó, en parte, el amplio margen de apreciación que el texto anterior del art. 14 de la LNPA le confería a la Administración para discernir el grado o magnitud de la ilegitimidad. Al objetivar con mayor precisión la configuración de “algunos” vicios graves la ley *reformada* redujo parcialmente la hipertrofia de la potestad anulatoria, una de las debilidades del derecho administrativo del Estado formal y democrático de derecho que pervivió en el derecho administrativo del Estado constitucional vigente en la república desde 1994.

Aún así, no podemos ignorar que tanto el art. 1 *bis*, al enunciar principios sin ninguna determinación como los arts. 14 y 15, LNPA reformada, *reservan espacios notoriamente abiertos* a la interpretación de la Administración y del juez, extramuros del estándar propiciado por la jurisprudencia actual del Alto Tribunal en cuanto, con fundamento en el art. 19 CN, impera a los poderes públicos a establecer “delimitaciones precisas” entre lo que se puede hacer, lo que se está obligado a hacer y lo que no se debe hacer para para no sufrir una sanción jurídica⁸⁴.

84 Fallos: 341:1017 (2018). Seguidamente el Tribunal sostuvo: “En efecto, la precisión y actuación real de las reglas preestablecidas genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la

(ii) *Regulación legal de los vicios en las formas. Los arts. 14, inc. b, ap. (iv) y 8º, segundo párrafo, de LNPA reformada*

En lo que atañe a nuestra unidad de conocimiento, el art. 14 inc. b, ap. (iv), LNPA reformada por Ley 27.742, establece que el acto administrativo es de nulidad absoluta e insanable cuando “iv) Se hubiere omitido la audiencia previa del interesado cuando ella es requerida o se hubiere incurrido en otra grave violación del procedimiento aplicable...”.

El nuevo esquema de ordenación del acto administrativo abandona el sintagma “violación de las formas esenciales” previsto en el texto anterior del art. 14 LNPA. En el régimen vigente, el vicio en el procedimiento –determinante de nulidad absoluta– se configura a partir de la “omisión de la audiencia previa del interesado” (art. 14 inc. b, iv, primera parte) y de la “grave violación del procedimiento aplicable” (art. 14 inc. b, iv, segunda parte)⁸⁵.

Ciertamente, la precisión, nitidez y claridad de la primera causal (“omisión de la audiencia previa del interesado” cuando ella es requerida) contrasta con la *vaporosa* formulación de la segunda (“grave violación del procedimiento aplicable”). Esta última causal, en puridad, no parece diferir del esquema de ordenación anterior en el que se fulminaba con nulidad absoluta a la violación grave de las formas esenciales⁸⁶. Sin embargo, el actual art. 14 inc. b, ap. (iv), LNPA, plantea perplejidades relevantes en torno a la inclusión o no del vicio en la motivación y al impacto que produce el expreso reconocimiento de la tutela administrativa efectiva como contenido del elemento procedimiento.

En efecto: uno de los mayores enigmas que plantea la nueva ley reside en discernir si la falta de sustantividad del vicio en la motivación determina la anulabilidad del art. 15 LNPA o si, en cambio, su ausencia queda comprendida en el art. 14, inc. b, ap. (iv), LNPA, como supuesto de violación grave en el procedimiento

conducta de estos sea *previsible* y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor (Fallos: 341:1017 cons.7).

85 La expresión violación grave del procedimiento aplicable, incorporada por el art. 14 inciso b, iv la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) trae aparejada las mismas incertezas que violación de las formas esenciales, establecida en el texto anterior de la LNPA. A diferencia de lo que ocurre con otros ordenamientos (como v.g., con el art. 47, inc. e, de la Ley 39/15 de España) en esta materia el legislador le ha conferido a la Administración un amplísimo margen de apreciación en torno al cual se discernirá la magnitud del vicio, con el consiguiente impacto sobre calificación del acto como regular o irregular.

86 A pesar de las modificaciones realizadas a los arts. 7º inc. d, y 14, inc. b, iv), LNPA, la distinción entre formas esenciales y no esenciales mantiene vigencia. El art. 1 *bis* incluye dentro de los principios del procedimiento administrativo, a la informalidad, entendiéndose por tal la excusación de la inobservancia por los interesados de las exigencias formales no esenciales, las que podrán ser cumplidas posteriormente.

A contrario, cabe interpretar que resulta inexcusable el cumplimiento de las formas esenciales.

aplicable. En este sentido es dable recordar que hasta la sanción de la Ley 27.742, la jurisprudencia, la doctrina administrativa de la PTN y la doctrina autoral predominante consideraban que el vicio grave en el requisito esencial motivación estaba incluido en la expresión “violación de las formas esenciales”, del art. 14 inc. *b*, LNPA, según la redacción originaria. Como se indicó ese sintagma (“violación de las formas esenciales”) resultó ahora sustituido por el art. 14 inc. *b* ap. *iv*, LNPA reformada, con lo cual desapareció la fórmula genérica que –implícitamente– contemplaba el vicio en la fundamentación.

En definitiva: un miraje inicial del art. 14 inc. *b*, ap. (*iv*), LNPA, permite sostener que esta previsión legal regula solo una porción de los vicios en las formas (en sentido amplio), la que atañe a los defectos en el procedimiento determinantes de nulidad absoluta (sin embargo, como veremos más adelante, la falta de sustantividad del vicio en la motivación no impide que se lo considere incluido en el art. 14 inc. *b*, ap. (*iv*) de la LNPA). Otra sección de los vicios en la forma (en sentido estricto) se encuentra regulada en el art. 8º, segunda parte, LNPA. A la vez, de acuerdo con el criterio residual consagrado en el art. 15, LNPA, las transgresiones a las formas que no se subsuman en los supuestos tasados del art. 14 inc. *b*, ap. (*iv*) y art. 8º segunda parte, LNPA, darán lugar a la anulabilidad del acto.

Vicio en la “forma” y sus consecuencias

a) La doctrina francesa contemporánea puntualiza que Laferrière, en el último tercio del siglo diecinueve, confundió los vicios de forma y de procedimiento. Al respecto R. Chapus destaca que, si bien unos y otros son muy distintos, en la actualidad, algunos autores consideran que resulta conveniente reunirlos⁸⁷.

En el derecho administrativo de Argentina la locución *forma* es polisémica, exhibe pluralidad de significados. En torno a ella se han plantean discrepancias doctrinales⁸⁸ que impactan en su configuración, alcance y contenido.

Un miraje *restrictivo* asocia la *forma* del acto administrativo con los recaudos que éste debe cumplir en el momento de su exteriorización. Desde esta perspectiva la forma atañe al *medio a través del cual se expresa la declaración*. Está umbilicalmente asociada a la *exteriorización de la voluntad* al plano jurídico⁸⁹.

87 CHAPUS, René, *Droit Administratif général*, 15ª ed., Paris, 2001, T. 1, p.1037 y ss.

88 CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, 2021, pp.228/230. Este autor señala que la forma se integra no solo con las formas de la declaración sino también con las que corresponden al procedimiento de integración de la voluntad y a los requisitos de publicidad necesarios para su vigencia.

89 CASSAGNE, Juan C., *Curso de derecho administrativo*, 12ª ed. actualizada, Buenos Aires, 2018, T. I, p. 685 y ss.

Tempranamente la doctrina nacional señaló que la manera de producir la exteriorización del acto administrativo se la llama *forma*⁹⁰.

En la doctrina española la locución forma en sentido limitado se circunscribe al *modo de declaración* de una voluntad ya formada⁹¹, al cauce de exteriorización⁹² del acto.

b) Una visión *amplia* entiende que la forma no se agota en los recaudos relativos al modo de expresión o exteriorización de la declaración; comprende, además, el conjunto de formalidades y trámites que preceden a la emisión del acto, esto es, el proceso de elaboración –procedimiento de formación⁹³–, su fundamentación y modo de exteriorización.

Así entendida la forma incluye (i) a los requisitos relativos *al modo de expresión* de la declaración; (ii) a los recaudos de elaboración y formación del acto –*procedimiento administrativo*– y (iii) a la explicitación de sus fundamentos –*motivación*–. Un sector minoritario de la doctrina agrega a la forma los aspectos tendentes a la publicidad –*notificación*–.

De consiguiente, según se adscriba a la posición restrictiva o amplia, el procedimiento administrativo, como requisito esencial del acto administrativo, quedará o no incluido dentro del concepto jurídico administrativo *forma*⁹⁴.

90 ZELAYA, Simón, “Forma del acto administrativo” en AA.V., *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 62.

91 GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, Vol. I, Parte General, p. 610.

92 BELADÍEZ ROJO, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 75/ 76 y 95/96. Esta autora destaca que la forma incluye el proceso de formación de la voluntad administrativa como su forma de expresión una vez creada (p.117).

93 GARRIDO FALLA, *Tratado... op. cit.*; CASSAGNE, Juan C., *Curso...*, p. 686. Para este autor la forma se integra no solo con las formas de la declaración sino también con aquellas que corresponden tanto al procedimiento de integración de la voluntad en el acto administrativo como a los requisitos de publicidad necesarios para su vigencia.

94 La forma, explica Fiorini, no se refiere solo a la instrumentación de la decisión definitiva sino también a la manera de desarrollar la actividad administrativa, es decir el procedimiento (FIORINI, Bartolomé, *Procedimiento administrativo y recurso jerárquico*, segunda edición, Abeledo Perrot, 1971, pp. 27/28).

Por su parte, Marienhoff señala que forma, en la acepción restringida, es la que debe observarse al emitir el acto, exteriorizando, concreta y definitivamente, la voluntad de la Administración ya formada. Es la manera como se expresa o traduce el contenido de un acto ya formado. Sin embargo, según la acepción amplia, forma no solo comprende a la anterior, exteriorización del acto ya formado. Incluye también el conjunto de formalidades o requisitos que deben respetarse para llegar a emitir el acto. Según este criterio amplio se comprende tanto la expresión o exteriorización de la voluntad de la Administración como el proceso de formación del acto administrativo, lo cual se relaciona con el *procedimiento* de emanación del acto. Las formalidades del acto administrativo son requisitos que han de observarse para dictar el acto y pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al mismo. Las formalidades anteriores se refieren al procedimiento; las posteriores no conciernen a la validez del acto sino a la eficacia (MARIENHOFF, M., *op. cit.* pp. 244/246).

c) Ahora bien, como se indicó, dentro de la posición amplia hay quienes sostienen que la publicidad –concretamente, la notificación del acto particular– se erige en requisito esencial de validez del acto⁹⁵.

Al respecto, tanto la LNPA –antes y después de la Ley 27.742– como la jurisprudencia de la CSJN, consideran que la notificación es un requisito de

Según el esquema de ordenación normativo que rige el acto administrativo –Título III de la LNPA, modificada por Ley 27.742– la notificación es requisito de eficacia, mas no de validez. “Para que el acto administrativo de alcance particular adquiera eficacia”, prescribe el art. 11 de la ley reformada, “debe ser objeto de notificación al interesado”. Del art. 11, LNPA, primera parte, se extraen dos conclusiones: la primera que, en según el régimen legal vigente, el acto administrativo –en tanto está destinado a tener efectos externos– preexiste al recaudo de eficacia, la notificación. Reza la norma: “para que el *acto administrativo* adquiera eficacia...”. Por ende, según la ley, no parece apropiado afirmar que no existe jurídicamente acto administrativo antes de la notificación; para la ley, antes de la notificación, existe acto administrativo solo que aún no tiene eficacia externa, aunque sí los tiene internamente. La eficacia, según lo ha señalado la CSJN, es la posibilidad de producir efectos jurídicos (sobre todo en los supuestos en que el acto administrativo es de gravamen o desfavorable; estos efectos limitativos solo operan desde el momento de la notificación). Adviértase que la LNPA, al admitir cláusulas accidentales o accesorias “de un acto administrativo” incluye a la condición suspensiva, que no es sino un supuesto de acto administrativo con eficacia aplazada. También, cuando se dispone la suspensión de los efectos de un acto administrativo (art. 12, LNPA; art 13, de la Ley 26.854, de medidas cautelares en los casos en que es parte el Estado) la eficacia del acto queda paralizada, sin que, por esa razón, deje de existir el acto administrativo. En relación con los actos *ad referendum* de la decisión de otro órgano la CSJN, en “Herpazana” (Fallos: 320:2808), puntualiza que “el acto aprobado existe por sí, *con independencia del hecho condicionante...*”.

En segundo lugar, el propio art. 11 de la LNPA establece que la notificación es el recaudo necesario para que el acto administrativo adquiera eficacia, esto es, para la producción de efectos jurídicos. La posición asumida en este punto por la LNPA guarda congruencia con el pensamiento de M. Marienhoff para quien el acto administrativo “proyecta” efectos hacia lo externo, pues, según señala, el acto “tiende” a regular o disciplinar las relaciones de la Administración Pública con los administrados (op. cit., p. 180). En páginas posteriores el autor mencionado entiende que acto administrativo es toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas productora de un efecto jurídico (op. cit., p. 212). En relación con el carácter de declaración *productora de un efecto jurídico*, Marienhoff aclara que ello concierne a que “los efectos del acto trascienden de la esfera interna de la Administración pública, incidiendo, por ejemplo, en el ámbito jurídico del administrado” y agrega: queda así excluido el *acto de administración* cuyos efectos se agotan dentro de la propia administración (p.213).

Consiguientemente, con arreglo al art. 11 de la LNPA, es dable concluir que según el esquema de ordenación legal anterior y actual existe acto administrativo antes de su notificación. La ausencia de este recaudo determina la falta de eficacia externa, mas no del acto administrativo. Un sector de la doctrina nacional considera a la notificación es recaudo de validez y no de eficacia como establece la ley y sostiene la CSJN en Fallos: 324:4289 (“La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros c/ CNRT”, de 11.12.2001).

95 ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Acto Administrativo*, 2ª ed., Advocatus, 2019, p. 41.

eficacia del acto administrativo (tal como lo establece el art. 11 LNPA), mas no de validez⁹⁶.

d) Volviendo al alcance de la locución forma, cabe subrayar que la LNPA originaria contemplaba ambos significados, esto es, el restrictivo y el amplio, con exclusión de la notificación.

Así el art. 8º, en su redacción original, se refería a la forma en sentido restrictivo.

El art. 14, inc. b, LNPA, en cambio, al indicar los defectos determinantes de nulidad absoluta incluía la *violación (grave) de las formas esenciales*. La doctrina y la jurisprudencia eran contestes que el alcance de la expresión “forma” del art. 14 LNPA comprendía no solo a la ausencia de recaudos viscerales que atañen a la expresión del acto (v.gr. ausencia de firma o de expresión escrita) sino también a los vicios (graves) en el procedimiento previo (debido procedimiento administrativo previo) y la motivación (fundamentación).

e) En este punto, la Ley 27.742 introdujo cambios relevantes. Tomando como base el texto originario del art. 8º estableció que el acto administrativo se manifestará “expresamente y por escrito, ya sea en forma gráfica, electrónica o digital”. Seguidamente prescribe que el acto “indicará el lugar y fecha en que se lo dicta y contendrá la firma de la autoridad que lo emite; sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieren podrá utilizarse una forma distinta”. De consiguiente, la modificación incorporada por la Ley 27.742 al primer párrafo del art. 8º LNPA atañe a los modos de manifestación del acto escrito. Se introducen la forma gráfica, electrónica o digital.

El segundo párrafo del art. 8º, LNPA, agregado por la Ley 27.742 en 2024, regula las consecuencias que produce la inobservancia de los recaudos formales. Reza la norma: “[e]l acto que carezca de firma *no producirá efectos jurídicos de ninguna especie*. Lo mismo ocurrirá con el que carezca de forma escrita salvo que las circunstancias permitieren utilizar una forma distinta”.

f) La Ley de Bases incorpora una segunda reforma al régimen de las formas del acto. Esta vez la modificación atañe al régimen de los *vicios* determinantes de la nulidad absoluta del acto. Concretamente la Ley 27.742 sustituyó del art. 14 inc. b), LNPA, el sintagma “violación de las formas esenciales”, como causal de nulidad absoluta, por el siguiente: “(iv) Se hubiere omitido la audiencia previa del interesado cuando ella es requerida o se hubiere incurrido en otra grave violación del procedimiento aplicable”.

96 La CSJN sostiene que “el acto administrativo sólo puede producir sus efectos propios a partir de la notificación al interesado y que la falta de notificación dentro del término de vigencia de la ley no causa la anulación del acto en tanto no hace a su validez sino a su eficacia (Fallos: 298:172; 306:1670; 307:321, 349 y 1936; 308:848)” (Fallos: 324:4289, “La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros c/ CNRT”, de 11.12.2001).

En el esquema administrativo de ordenación anterior la violación de las formas esenciales establecida en el art. 14 inc. *b*, LNPA, comprendía, según la doctrina y la jurisprudencia, a los vicios graves en el procedimiento, la motivación y el modo de exteriorización del acto.

La nueva redacción elimina del art. 14 inc. *b*) el significante “forma” y con él sobrevienen dudas, sobre todo en cuanto atañe a los vicios en la motivación.

En efecto. El art. 14 inc. *b* ap. *iv*) LNPA reformada contempla como vicio determinante de nulidad absoluta a: (*i*) la omisión de la audiencia previa del interesado, esto es, el primer momento de la garantía a la tutela administrativa efectiva; (*ii*) la grave violación del procedimiento aplicable, es decir, el vicio grave en el debido procedimiento administrativo previo; (*iii*) deja fuera a las consecuencias de los vicios en la forma como modo de exteriorización o expresión del acto. El régimen de la forma, en sentido restrictivo, se autoabastece en el art. 8º; (*iv*) un miraje lo superficial excluiría de esta previsión normativa al vicio grave en la fundamentación o motivación del acto.

El sintagma “grave violación del procedimiento aplicable”, es una fórmula tan vaporosa como su antecesora, “violación en las formas esenciales”. La pregunta que cabe formular es si esa expresión resulta o no más acotada que la sustituida. A primera vista la ausencia de motivación suficiente ajena a la formulación legal del art. 14 inc. 3 ap. *iv*) LNPA.

g) En el esquema de ordenación introducido por la Ley 27.742 la forma tiene el “alcance restrictivo” que le confiere el art. 8º LNPA. La locución forma queda reservada a la manifestación *expresa* y por *escrito* del acto, *a la indicación del lugar y fecha* y *a firma del titular del órgano emisor*.

El art. 8º LNPA reformada está atravesado por dos parcelas de la teoría del acto. De un lado, se establece el contenido o configuración del elemento esencial forma (en sentido restrictivo)⁹⁷; de otro, se regulan las consecuencias que emanan de la transgresión⁹⁸.

h) En relación con los efectos que produce la inobservancia de forma, en sentido restrictivo, los profesores Mairal y Veramendi entienden que la consecuencia que el art. 8º, segunda parte, le imputa a la carencia de firma y expresión expresa y por escrito acarrea un supuesto de acto inexistente⁹⁹. Para arribar a esa conclusión Mairal-Veramendi toman en cuenta que la previsión legal, en

97 El art. 8º establece que “el acto administrativo se manifestará expresamente y por *escrito*, ya sea en forma gráfica, electrónica o digital; indicará el *lugar y fecha* en que se lo dicta y contendrá la *firma* de la autoridad que lo emite”.

98 Según el segundo párrafo del art. 8 “el acto que carezca de *firma* no producirá efectos jurídicos de ninguna especie. Lo mismo ocurrirá con el que carezca de *forma escrita* salvo que las circunstancias permitieren utilizar una forma distinta”.

99 MAIRAL, HÉCTOR -VERAMENDI Enrique, “La reforma a la Ley de Procedimientos Administrativos”, diario *LL* de 12-7-2-24, p. 3 y su nota.

su literalidad, prescribe que “el acto que carezca de firma *no producirá efectos jurídicos de ninguna especie*. Lo mismo ocurrirá con el que carezca de *forma escrita...*”.

No coincidimos con la posición de estos autores.

Consideramos, en cambio, que la situación mentada en el art. 8º, segundo párrafo, constituye un supuesto de *inexistencia de acto* (mas no acto administrativo inexistente). Ello es así por cuanto sin firma o sin expresión escrita –en cualquiera de sus variables: gráfica, digital o electrónica– el supuesto acto, desde el punto de vista material, no ha nacido en su materialidad. Sin firma o expresión escrita está ausente la declaración material imputable a un órgano. Cabe recordar que la “declaración” es el sustrato material del acto administrativo.

La CSJN señaló que un beneficio previsional otorgado sin la firma de la autoridad facultada para emitir ese acto “*carece de un presupuesto esencial para su existencia*”¹⁰⁰.

Ciertamente, la *inexistencia de acto* no se confunde ni asimila el acto jurídico inexistente. Este es un instituto ajeno a la LNPA. En los sistemas que han adoptado esta categoría, el acto inexistente remite a un acto administrativo afectado de una grosera ilegitimidad. Aun cuando la mala técnica legislativa califique erróneamente como acto a una manifestación sin firma o carente de forma escrita, el supuesto previsto en el art. 8º en modo alguno puede ser considerado como acto inexistente. Como se indicó esta categoría es extraña al sistema de la invalidez consagrado en la LNPA (conf. arts. 14 y 15).

La ineficacia mentada en el art. 8º emana de la *ausencia material de declaración imputable al órgano*. La situación regulada en el art. 8º segundo párrafo no se confunde con el acto administrativo inexistente, tal como lo regulan las Leyes 9.003, de Mendoza; 1.284, de Neuquén; 5.348, de Salta o el Código de Procedimientos Administrativos de Corrientes.

i) Bien diferente es el supuesto de la falta de fecha. La jurisprudencia especializada, sostiene que esa situación no comporta un vicio de gravedad suficiente como para determinar la invalidez del acto administrativo. Con lo cual quedaría subsumido en el art. 15, LNPA. Salvo que la data del acto resulte un elemento relevante para determinar el cumplimiento de requisitos concernientes a la actuación del órgano o representante estatal, o para examinar el contenido y pautas temporales del acto en cuestión¹⁰¹.

100 Fallos: 326:1657 (“Vázquez, Nelly c/ ANSeS s/ amparos y sumarisimos” de 20/05/2003).

101 CNAF, sala III, “Pantaleoni de Valitutto, Pierina y otros v. Estado Nacional -Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos - Entel Residual”, de 11-2-2010.

Vicios en el procedimiento

Según el art. 14 inc. *b*) ap. (*iv*) LNPA, el vicio en el requisito esencial procedimiento exhibe dos variables. Por un lado, la *omisión de audiencia previa* al interesado; por otro, la *violación grave en el procedimiento aplicable*.

a) La omisión de audiencia previa al interesado como vicio constitucional del acto administrativo

El art. 14 inc. *b*), ap. (*iv*), primera parte, establece que es de nulidad absoluta el acto que *hubiere omitido la audiencia previa*. De este modo, la ley sanciona la falta o ausencia de participación defensiva adecuada del interesado con anterioridad al dictado del acto administrativo de gravamen. La misma situación se presenta en los denominados actos administrativos de *doble efecto* en cuanto atañe a las consecuencias desfavorables que aquél produce sobre la esfera de inmunidad de uno de los interesados.

El vicio tipificado en el art. 14 inc. *b* (*iv*) constituye la transgresión grave a una de las partes que conforman el contenido del elemento esencial “procedimiento” (art. 7 inc. *d*, LNPA). Puntualmente, el art. 14 inc. *b* ap. (*iv*) tipifica la transgresión al primer segmento de la tutela administrativa efectiva, el derecho de la persona a ser oída “*antes*” de la emisión de actos que se refieran a sus derechos o intereses jurídicamente tutelados (art.s 7° inc. *d* y 1° *bis*, *a*) ap. *i*).

Ciertamente, dado que el derecho a ser oído (art. 8.1 CADH) comprende el derecho de toda persona a *tener acceso* al órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones¹⁰², también se configura un vicio determinante de nulidad absoluta cuando se deniegue al particular la posibilidad de acceder sin valladares al procedimiento administrativo.

La obligación de dar a cada parte la justa oportunidad de ser oída se presenta como postulado de buena administración y buen procedimiento legal, señala con acierto Wade¹⁰³. *Escuchar a la otra parte*¹⁰⁴, puntualiza este autor, es una regla fundamental de justicia natural¹⁰⁵, consustancial al procedimiento justo o debido proceso.

102 Corte IDH, “Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala”, sentencia de 17 de noviembre de 2021.

103 WADE, H.W.R., *Derecho Administrativo*, Madrid, 1971, pp. 272/274.

104 Esta regla hizo su aparición en el Jardín del Edén, cuando Adán es llamado por Dios para imputarle haber comido el fruto del árbol prohibido “antes” de ser expulsado del paraíso (WADE, *op. cit.*, p.272).

105 El autor citado subraya que las dos reglas básicas de justicia natural –ningún hombre podrá ser juez de su propia causa y ningún hombre podrá ser condenado sin ser oído– si bien son postulados indispensables a toda administración de justicia, se aplican también a los actos administrativos. Finalmente subraya que en *rule of law* la violación de la justicia natural hace que la decisión sea nula (WADE, *op. cit.*, 250/251).

Oír al interesado *antes* de emitir un acto que afecte sus derechos subjetivos o intereses jurídicamente protegidos, es una garantía mínima fundamental en el Estado constitucional vigente en la república.

Esta garantía, consustancial al *debido proceso legal* (arts. 18, CN; 8° CADH) e ínsita en la *tutela administrativa efectiva* –art. 1° bis, inc. a, (i), LNPA reformada– es un límite infranqueable al ejercicio de las prerrogativas administrativas que producen consecuencias desfavorables sobre la esfera vital de inmunidad de las personas.

La concreta tipificación de la *omisión de la audiencia previa* y la consecuente sanción de la *nulidad absoluta* prevista para el acto administrativo que incurra en ese vicio, constituye un valladar insalvable a la tendencia jurisprudencial que, por conducto de la denominada teoría de la subsanación, admite la convalidación –en sede administrativa y judicial– de actos administrativos desfavorables emitidos sin brindar, de manera previa, la oportunidad de oír (y también, de valorar argumentos y pruebas) a quien resulte afectado en sus derechos subjetivos o intereses jurídicamente protegidos. En lo que atañe al acto administrativo, no tenemos dudas que la pervivencia de la teoría de la subsanación en cuanto atañe a las diferentes parcelas que conforman el debido proceso legal debilita severamente la fuerza normativa de la Constitución Nacional.

Por cierto, la omisión de la audiencia previa del interesado, tipificada en el 1 bis a, ap. (i), LNPA, es algo más que un vicio puramente administrativo afectante de uno de los requisitos esenciales del acto (arts. 7°, inc. d (i) y 1 bis a, ap. (i), LNPA). Constituye una *transgresión directa de la Constitución Nacional convencionalizada* (arts. 18 CN; 8° CADH¹⁰⁶).

106 La Corte IDH subraya que la aplicación del art. 8° de la Convención Americana relativo a las Garantías Judiciales, no se limita a recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” para que las personas puedan *defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectar sus derechos*. Señala que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 8°.1 de la Convención, en la *determinación de los derechos y obligaciones de cualquier carácter* las personas tienen *derecho a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable*. El incumplimiento de alguna de esas garantías implica la violación de dicha disposición convencional. El Tribunal interamericano enfatiza que el pleno respeto de las garantías del debido proceso legal es exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas *decisiones puedan afectar los derechos de las personas*. Explicita que el debido proceso legal, reconocido en el art 8° CADH, se refiere al *conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales* a efectos de que las personas estén en condiciones de *defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos*. El Tribunal interamericano subraya que el derecho a ser oído (art. 8°.1, CADH) comprende el derecho de toda persona a *tener acceso* al órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones. También supone el derecho a contar con *amplias posibilidades de ser oída*, de formular sus pretensiones y *presentar elementos probatorios* y que éstos *sean analizados de forma completa y seria* por las autoridades *antes* de que se resuelva sobre

La omisión de oír y escuchar al interesado *antes* de la emisión del acto de gravamen conlleva la *supresión del contenido esencial del derecho defensa* en el procedimiento administrativo.

Este supuesto de indefensión constituye, a la vez, una flagrante violación de la garantía fundamental a la tutela administrativa efectiva (art. 18, CN; 8° CADH; arts. 7°, inc. *d (i)* y 1° *bis a*, ap. *(i)*, LNPA). En estas condiciones, la emisión de un acto desfavorable que *omite la participación defensiva previa* del interesado revela que el procedimiento no ha sido *conducido en legal forma*, como exige la CSJN en el consid. 7° de “Astorga Bracht” (2004).

El acto administrativo (desfavorable o de gravamen) que omite la audiencia previa del interesado incurre, desde el punto de vista técnico, en una *infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución Nacional convencionalizada* por cuanto *suprime el contenido esencial de una garantía fundamental (tutela administrativa efectiva) reconocida en el bloque de constitucionalidad*.

Ahora bien, el acto administrativo que prescinda de alguno de los otros segmentos o partes de la tutela administrativa efectiva consagrada en el art. 1° *bis a*, LNPA –como, v. gr., el acto que desconozca el derecho a ofrecer y producir prueba (art. 1° *bis a*, ap. *ii*); o el que ignore el derecho a una decisión fundada en Derecho (art. 1° *bis a*, ap. *iii*) o el que desdeñe el derecho a un plazo razonable en la tramitación y conclusión del procedimiento (art. 1° *bis a*, ap. *iv*); o aquel otro que omita el derecho a participar en una audiencia pública cuando una norma legal especial así lo disponga (art. 1° *bis a*, ap. *i*)– también incurre en una infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución Nacional convencionalizada (art. 18 y 75.22, CN; 8°, CADH; arts. 7°, inc. *d (i)* y 1° *bis a*, ap. *(i)*, LNPA). Sin embargo, en virtud de la redacción de la norma, estos vicios constitucionales se subsumen en la segunda variable del art. 14 inc. *b*, ap. *(iv)* de la LNPA: grave violación de procedimiento aplicable.

En razón de la naturaleza y grado o magnitud de la ilegitimidad, el acto administrativo que omite la audiencia previa del interesado es un acto administrativo *irregular* (art. 17 LNPA). Por cierto, también será irregular el acto administrativo que omita o ignore las demás garantías contempladas en el derecho a la tutela administrativa efectiva (art. 1° *bis a*, LNPA).

Aun cuando un sector de la jurisprudencia considera inaplicable la subsanación solamente cuando se verifica una relación de causalidad entre el vicio en el procedimiento y el objeto –esto es, cuando el vicio de forma influye decisivamente sobre el fondo de la decisión, tal como ocurre con las nulidades procesales–, consideramos que la inmediata eficacia (obligatoriedad) del acto administrativo

hechos, responsabilidades, penas y reparaciones (Corte IDH, “Caso Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala”, sentencia de 17 de noviembre de 2021).

impide transpolar el régimen de las nulidades procesales al régimen jurídico del acto administrativo¹⁰⁷.

El Estado constitucional –esto es, el *Estado de los derechos fundamentales*– no admite que las decisiones ejecutorias de gravamen emitidas con grave violación de *las garantías mínimas que, en función del debido proceso legal, reconoce la Constitución Nacional convencionalizada* puedan ser luego convalidadas por vía de la subsanación, en sede administrativa o judicial. En este, como en otros supuestos análogos, la aplicación de la teoría de la subsanación debilita seriamente la fuerza normativa de la Constitución.

b) La indefensión en sede administrativa según la jurisprudencia de la CSJN

La indefensión, originada en la falta de audiencia previa, ha tenido un tratamiento dispar en la jurisprudencia.

Así, en “Trama”¹⁰⁸, el Tribunal sostuvo que el acto administrativo que *revo-ca el acto otorgante de un beneficio previsional* presupone que el interesado ha tenido la “participación adecuada en los procedimientos permitiéndoles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados, en resguardo de la garantía de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional; art. 1º, inc. f, Ley 19.549; Fallos: 305:307)”. En este marco, el Tribunal consideró que la sentencia del a quo resultaba arbitraria por cuanto no tuvo en cuenta que la decisión administrativa anulatoria no respetó la susodicha garantía.

En “Copa”¹⁰⁹ la CSJN consideró que las atribuciones con que cuentan los organismos administrativos para suspender, revocar, modificar o sustituir las resoluciones que otorgan beneficios jubilatorios –arts. 48 de la Ley 18.037 y 15 de la Ley 24.241– existen a condición de que dicha nulidad resulte de hechos o actos fehacientemente probados y “presupone que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados, en resguardo de la garantía de defensa en juicio” arts. 18 de la CN y 1º, inc. f, de la Ley 19.549”.

Dos conclusiones iniciales se extraen de ambos fallos.

La primera: el acto administrativo anulatorio debe cumplir con todos los requisitos esenciales de legitimidad consagrados en el art. 7º LNPA, entre los

107 Recordemos que el acto administrativo tiene una particularidad: modifica por sí mismo, de manera inmediata, la situación sustancial del particular. Esto es, sin necesidad de homologación judicial el acto, en virtud de su inmediata eficacia obligatoria (ejecutividad), genera por sí mismo una situación pasiva o disminuye una situación activa. A la vez, a diferencia de lo que sucede en el proceso judicial, los medios de impugnación de los actos administrativos, como v.gr. el recurso administrativo, carecen de efecto suspensivo (conf. art. 12, LNPA). Tampoco la interposición de la demanda suspende los efectos del acto.

108 Fallos: 319:2783 (1996).

109 Fallos: 324:1403.

cuales se encuentran el deber de observar los procedimientos previstos en las normas (reglas y principios) que componen el ordenamiento jurídico. Dentro de esas normas se aloja el respeto por la garantía de del debido proceso adjetivo (art. 18, CN; art. 1º inc. *f*, LNPA en su redacción originaria), hoy absorbido o colonizado por la garantía a la tutela administrativa efectiva (art. 1º *bis*, LNPA reformada).

De ambos fallos se extrae, además, una segunda conclusión: la falta de adecuada participación previa del interesado en el procedimiento preparatorio de un acto desfavorable determinativo de derechos, conlleva a la nulidad absoluta del acto. Este criterio rige tanto en el régimen anterior y se consolida en el sistema vigente (art. 14 inc. *b*, ap. *iv*, LNPA).

En “Vázquez Nelly”¹¹⁰, la CSJN consideró que la Administración incurrió en inobservancia del procedimiento debido en cuanto se dispuso la suspensión de hecho de prestaciones previsionales sin que el particular hubiese tenido la oportunidad de ser oído. La susodicha suspensión, puntualizó el Tribunal, se realizó “con desprecio de las reglas del debido proceso adjetivo que imponían oír a la parte, asegurar su derecho de defensa y dictar una resolución fundada (conf. art. 18 de la Constitución Nacional; art. 1º, inc. *f*, de la Ley 19.549)”. En este pronunciamiento la Corte reiteró que la facultad conferida por el art. 15 de la Ley 24.241 de suspender, revocar, o sustituir por razones de ilegitimidad a las resoluciones que otorgan beneficios previsionales aunque se hallen en curso de pago se podrá ejercer “a condición de que dichas razones sean fehacientemente probadas, se dé a los interesados participación adecuada en los procedimientos y se dicte resolución fundada (Fallos: 319:2783; 324:1403, y sus citas)”.

En esta misma sentencia el Tribunal señaló que un beneficio previsional otorgado sin la firma de la autoridad facultada para emitir ese acto “carece de un presupuesto esencial para su existencia”. Sustentó esa consideración en los arts. 7º y 8º de la LNPA, 944, 946, 951 y 979, inc. 2º, del Código Civil de Vélez y en Fallos 323:2631, “Lapalma”). Si bien la Corte señala que la ausencia de firma de la autoridad determina que el pretendido acto “carece de un presupuesto esencial para su existencia” e invoca el fallo dictado en “Lapalma”, en el que se alude al acto jurídico inexistente, en puridad cabe interpretar que, en la especie, estamos frente a un supuesto de *inexistencia (material) de acto administrativo*.

En “Parra de Presto”¹¹¹ se presentó una situación particular. Un municipio de la provincia de Buenos Aires dispuso la cesantía del actor. Contra este acto la afectada interpuso recurso administrativo dentro de los diez días como establecía la Ordenanza 267/77; sin embargo, el recurso fue rechazado por extemporáneo por cuanto el plazo para recurrir, según la norma municipal aplicable, era de veinticuatro (24) horas.

110 Fallos: 326:1657 (“Vázquez, Nelly c/ ANSeS s/ amparos y sumarísimos” de 20/05/2003).

111 Fallos: 316:2539 (1993).

El alto tribunal sostuvo que la naturaleza de la potestad disciplinaria exige que las sanciones de mayor gravedad sean aplicadas con respeto a los principios del debido proceso, para la cual es menester contar con la *adecuada oportunidad de audiencia y prueba*, extremos que *no se satisfacen con el exiguo plazo de veinticuatro (24) horas concedido al recurrente* toda vez que no es dable pensar que se pueda preparar en ese término el descargo y ofrecimiento de prueba. Se destacó que el interesado debió contar con un plazo razonable para fundar adecuadamente el recurso. La interposición inoportuna del recurso, dijo el alto tribunal, no obedece a una negligencia sino a la imposibilidad de deducirlo en un plazo extremadamente breve.

En ese entendimiento la CSJN declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza municipal –sancionada durante período de quiebre institucional– mediante la cual se fijaba el plazo de veinticuatro (24) horas para impugnar la sanción de cesantía. El Tribunal enfatizó que la susodicha ordenanza repugna la garantía de defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. En este pronunciamiento la CS rechazó, por razones meramente formales, la aplicación de la teoría de la subsanación en sede judicial propiciada por el tribunal a quo. En tanto el recurso fue interpuesto dentro de los diez (10) días, y en el plazo de veinticuatro (24) horas como establecía la ordenanza, la falta o tardía interposición del recurso de revocatoria frustraba, en virtud del régimen de agotamiento de la vía administrativa, la posibilidad del control judicial.

En “Machado”¹¹², la CSJN dejó sin efecto la sentencia dictada por la Cámara por la cual se confirmó la sanción de exclusión de la matrícula a un abogado.

Para llegar a esa decisión el Tribunal, con remisión al dictamen de la Procuración Fiscal, sostuvo que de las constancias del proceso disciplinario llevado adelante por ante el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) este manifestó que se había escuchado la cinta de una audiencia de vista. Sin embargo, de las pruebas producidas en el proceso surge que esa audiencia nunca se llevó a cabo (la demandada sostuvo que la audiencia de vista no se realizó porque no iban a haber testimonios, por lo tanto, concluyó, era innecesaria: bastaba con la prueba instrumental aportada para evaluar los hechos). El alto Tribunal consideró que se estaba en presencia de un vicio en la causa (art. 7º, inc. b, y 14 inc. b, LNPA) y de una *lesión a la garantía del debido proceso adjetivo* lo cual determinaba la nulidad del acto en cuestión.

En “Fino s/ Amparo”¹¹³, la CSJN, con remisión al dictamen de la Procuración Fiscal, dejó sin efecto la sentencia de la Cámara que consideró legítima a la extinción del vínculo laboral por la causal de abandono de servicio (art. 244 de la

112 Fallos: 334:1372 (“Machado Jorge José c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, de 15.11.2011).

113 Fallos: 346:32 (“Fino, Daniel Alberto c/ ANSES s/ Acción de Amparo” de 9.2.23).

Ley de Contrato de Trabajo, LCT) decidida por la ANSES. El Tribunal sostuvo que la sentencia desestimatoria de la pretensión de amparo resultaba arbitraria por cuanto el *a quo* no examinó ni evaluó si el Reglamento de Investigaciones Administrativas resultaba aplicable a la especie y si, consiguientemente, *correspondía que el organismo iniciara sumario administrativo previo que asegurase el derecho de defensa y debido proceso*. La Corte entendió que el pronunciamiento resultaba arbitrario por cuanto omitió el tratamiento de cuestiones sustanciales planteadas por el recurrente y por falta de fundamentación adecuada, lo cual afecta la defensa en juicio y el debido proceso legal.

En “Flores s/ Amparo”¹¹⁴ el Tribunal vuelve a poner de manifiesto la vital y decisiva relevancia de la participación defensiva previa a la emisión del acto administrativo sancionador. En este caso se decidió que resulta procedente la pretensión de amparo contra el acto administrativo que dispuso el cese de una agente del Ministerio Público de la Defensa –en tanto se dejó sin efecto la designación interina– con fundamentos en falta de servicio (no mantener buen trato y cordialidad con sus pares, incumplimiento de horario e inasistencias). Si bien la autoridad administrativa consideró que en virtud del régimen jurídico que regula la situación de la amparista (la agente era de planta no permanente) no se requería el sumario previo (pues solo estaba establecido para personal permanente, mas no para el transitorio o contratado), el Tribunal, con remisión al dictamen de la Procuración Fiscal, sostuvo que el amparo era la vía idónea por cuanto no es necesaria mayor sustanciación y prueba para resolver una cuestión básicamente de derecho toda vez que, en la especie, la cuestión atañe al procedimiento aplicable para proceder a la remoción de la actora. En relación con el fondo se sostuvo que el acto administrativo que dejó sin efecto la designación interina de la actora no aludió a la falta de estabilidad sino que se dieron por terminadas sus funciones porque se habrían constatado faltas de servicio. De este modo se consideró que la resolución tiene una clara naturaleza disciplinaria, ajena a las consecuencias autónomas de la falta de estabilidad.

En virtud de la *naturaleza disciplinaria* de la decisión, el Tribunal sostuvo que “se le debió dar a la agente la posibilidad de ejercer su legítimo derecho de defensa con arreglo al art. 18 de la Constitución Nacional”. En efecto: la Administración, al decidir el cese del interinato sin ninguna forma de sustanciación previa, *imposibilitó el descargo, la producción y el ofrecimiento de pruebas* por parte de aquella, *violándose las formas sustanciales* de la garantía constitucional de la defensa que incluye la de asegurar al inculpado la *posibilidad de ofrecer prueba de su inocencia o de su derecho*, sin que corresponda diferenciar causas criminales, juicios especiales o procedimientos administrativos.

114 Fallos: 346:12 (“Flores, María José c/ EN-M Público de la Defensa s/ Amparo ley 16.986”, de 09/02/2023).

El ejercicio del poder disciplinario, destacó, requiere para su validez “la observancia del principio de legalidad y de la garantía del derecho de defensa”. Con respaldo en lo decidido en “Astorga Bracht” la sentencia puntualizó que la resolución administrativa impugnada no solo contradice el art. 18 de la Constitución Nacional sino también las convenciones internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el *derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva* (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2º, inc. 3º aps. *a* y *b*, y 14, inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por su parte, el voto del juez Rosatti sostuvo que, independientemente de la exigencia del sumario administrativo previo frente al tipo de vínculo de la actora con la empleadora, “la agente contaba con el derecho a ser oída antes del dictado del acto administrativo que la afectó (art. 1º, inc. *f*, ap. 1º de la Ley 19.549)”. En estas condiciones se revocó la sentencia que rechazó el amparo por inadmisibles (art. 2º, inc. *d*, Ley 16.986).

c) Las modulaciones del derecho de defensa según la naturaleza de preventiva y sancionadora del acto administrativo

En “Vespasiani s/ Amparo”¹¹⁵, suspensión de los efectos de un acto administrativo, la Corte asume una posición que, en su superficie, exhibe diferencias con respecto a las anteriores. Esta sentencia realiza una importante modulación del régimen jurídico de la suspensión de un acto estatal según su naturaleza sea preventiva o sancionadora.

En efecto: en “Vespasiani” la Corte señaló que la *suspensión administrativa preventiva y provisional no se confunde con la imposición de una sanción administrativa* –disciplinaria o represiva– llamada a restaurar el orden jurídico infringido. Consiguientemente, el Tribunal consideró que correspondía revocar la sentencia de la Cámara que hizo lugar a la pretensión de amparo y declaró la nulidad del acto administrativo que suspendió al actor en el Registro de Operadores en la Compraventa de Granos y Legumbres Secas sin que, de modo previo, se hubiese permitido ejercer la defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos. El fundamento brindado por la sentencia reside en que *la suspensión temporaria y provisional del interesado no se adoptó con la finalidad sancionatoria* de herir de manera definitiva al presunto infractor en su patrimonio sino para proteger el erario público hasta que concluyeran las tareas de fiscalización que el ente recaudador se encontraba obligado a realizar. Una de las conclusiones que se extrae de esta decisión de la Corte es que, en virtud de la naturaleza asignada, la suspensión

115 Fallos: 345:1394 (“Vespasiani, Mario Oscar c/ AFIP s/ amparo ley 16.986”, de 15/12/2022).

no sancionatoria –dispuesta con carácter cautelar o preventivo por la propia administración– podrá ser decidida sin previa participación previa del interesado.

d) El derecho de defensa en sede administrativa y la denominada teoría de la subsanación

d.1) La subsanación de los vicios de forma en jurisprudencia de la CSJN

La garantía del debido proceso adjetivo, colonizada ahora por la tutela administrativa efectiva (art. 1° *bis*, LNPA reformada), exhibe una fragilidad insospechada: los embates persistentes de la denominada teoría de la subsanación. Su aplicación –en tanto enerva el contenido esencial del debido proceso legal y la tutela administrativa– constituye el caballo de Troya del derecho administrativo labrado extramuros del Estado de Derecho y, de su decantación, el Estado constitucional.

Ciertamente, la expresa sustantividad que la Ley 27.742 le confiere al vicio de omisión previa de la audiencia del interesado, se encamina a ser un serio valladar para la aplicación de esa teoría en los supuestos de actos afectados por una infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución convencionalizada.

Esta teoría conlleva la extraña característica de autorizar el saneamiento, en sede administrativa o judicial, de actos administrativos (irregulares) aquejados por vicios graves, determinantes de nulidad absoluta, en las formas.

La jurisprudencia admite, aunque selectivamente, la aplicación de la teoría de la subsanación, en sede administrativa y en sede judicial. Llamativamente, el restablecimiento del Estado de derecho, en 1983, no modificó los criterios dominantes en períodos de quiebre institucional. La incorporación de los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional en la reforma de 1994, tampoco ha impactado decisivamente en esta materia.

d.1.1) Un caso emblemático aplicación de la teoría de la subsanación en el derecho administrativo del Estado de derecho se presenta en “César y Antonio Karam”¹¹⁶. En este precedente se cuestionaba un acto administrativo del Poder Ejecutivo provincial que dispuso el decomiso de pieles, cueros y plumas y la sanción de multa e inhabilitación por transgresión al régimen de la Ley 22.421, sobre conservación de fauna silvestre. En su defensa, el actor alegó la violación del debido proceso administrativo.

La CSJN sostuvo que no existe violación del derecho de defensa si el supuesto afectado no destaca (i) qué pruebas o defensas se vio privado y (ii) cuál sería la incidencia que habrían tenido en la decisión del caso.

Este pronunciamiento sustenta esa posición en Fallos: 300:1047¹¹⁷ y 302:1564. Ambas sentencias fueron dictadas durante el período de interrupción del orden democrático.

En “César y Antonio Karam” la CSJN puntualiza que frente a la decisión de una autoridad administrativa no se atenta contra la garantía de defensa en juicio “en tanto se otorgue al justiciable la oportunidad de ocurrir ante el órgano judicial con el fin de que cualquier decisión de dicha autoridad sea materia del consiguiente control”.

Seguidamente sostiene que “al margen de lo actuado en el procedimiento administrativo”, el justiciable “tuvo ocasión de ejercitar en plenitud el derecho que dice conculcado en el proceso judicial posterior”, esto es, pudo subsanar el supuesto vicio de forma en sede judicial. Esta afirmación se respalda en la sentencia registrada en Fallos: 297:233 de 1977¹¹⁸, también dictada en tiempos de interrupción del orden institucional.

d.1.2) Ya con posterioridad a la reforma constitucional, la CSJN se pronunció en “Formosa, provincia de (Banco de la Provincia de Formosa) c/ Dirección General Impositiva”¹¹⁹. En lo que atañe al objeto de estudio, los hechos del caso exhiben que la autoridad administrativa denegó la producción de una prueba (pericial) ofrecida por la actora en el procedimiento administrativo. La CSJN sostuvo que la denegación del peritaje en sede administrativa, que ulteriormente fue admitido y producido, no es idónea, por sí misma, para configurar un vicio

117 En Fallos: 300:1047, de 1978, la Corte designada por el gobierno de facto sostuvo que No procede el recurso extraordinario fundado en la violación del derecho de defensa si el recurrente *no destaca de qué pruebas o defensas se vio privado y cuál sería la incidencia que ellas habrían tenido en la decisión del caso.*

Este pronunciamiento se respalda en Fallos: 278:280, de 1970, en donde la Corte compuesta por magistrados designados por quienes interrumpieron el orden institucional, sostuvo que no procede el recurso extraordinario fundado en la violación del derecho de defensa, si el recurrente pudo expresar con amplitud sus razones por las cuales estimaba injusta la *cesantía* decretada por el Poder Ejecutivo y *no destacó de que pruebas o defensas se vio privado y cuál sería la incidencia que habrían tenido en la resolución.*

Cabe alertar que la doctrina labrada en Fallos: 300:1047(y también en 302:1564) sustenta las decisiones registradas en 342:903 y 342:1343, ambas de 2019. En ambos pronunciamientos el alto Tribunal vuelve a señalar que “resulta aplicable la reiterada jurisprudencia de esta Corte según la cual no procede el recurso extraordinario, fundado en la pretendida violación de la defensa en juicio, si el recurrente no precisa de qué pruebas o defensas se vio privado y cuál sería la incidencia que aquellas habrían tenido en la decisión del caso”.

118 En Fallos: 297:233, de 1977, la Corte designada por el gobierno de facto, sostuvo que si en el procedimiento judicial posterior a las actuaciones administrativas la recurrente tuvo ocasión de ejercitar en plenitud el derecho de defensa que se invoca como conculcado, esta circunstancia basta para desestimar sus agravios toda vez que dicha parte no ha producido prueba alguna que justifique rever la decisión administrativa.

119 Fallos: 331:2769.

de tal entidad como para declarar la nulidad del acto determinativo del impuesto. Afincada en precedentes anteriores sostuvo que “la eventual restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente” (Fallos: 212:456; 218:535; 267:393; 273:134). Agregó que al haberse producido el peritaje contable en sede judicial no resultan atendibles los planteos de la impugnante (Fallos: 247:52). Y concluye: el hipotético gravamen que le habría ocasionado la denegación de esa prueba, pierde toda entidad ya que, al margen de lo actuado en el procedimiento administrativo, en esta instancia pudo ejercer plenamente su derecho de defensa (Fallos: 310:360), ofreciendo todas las pruebas que hicieran a su derecho y alegando sobre su mérito.

La sentencia, en cuanto sostiene que la denegación de la prueba en sede administrativa pierde entidad por cuanto en sede judicial la afectada “pudo ejercer plenamente su derecho de defensa (Fallos: 310:360), ofreciendo todas las pruebas que hicieran a su derecho y alegando sobre su mérito”, patentiza una posición que adscribe sin reparos a la teoría de la subsanación (de los vicios de forma) en sede judicial.

Dice el Tribunal en “Formosa, provincia de (Banco de la Provincia de Formosa) c/ Dirección General Impositiva”, Fallos: 331:2769, consid. 3º: “la eventual restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente”. Esta afirmación se sustenta en la doctrina sentada en Fallos: 212:456; 218:535; 267:393; 273:134.

La posición adoptada por la sentencia registrada en “Formosa, Provincia de” (Fallos: 331:2769) no toma en cuenta que violación del derecho de defensa, afectante de la garantía fundamental al debido proceso legal en sede administrativa, constituye un *vicio grave que torna irregular el acto administrativo* y que, por ende, corresponde que se lo declare insanablemente nulo, no siendo susceptible su saneamiento. La expulsión o remoción del acto irregular del mundo jurídico, por exhibir una transgresión grave al ordenamiento jurídico, no es una opción; es en cambio un *deber reglado, predeterminado*, por bloque de juridicidad aplicable (art. 14, inc. b, LNPA, tanto en su versión originaria como en la actual).

Por otra parte, el razonamiento del tribunal ignora la naturaleza del vicio y de lesión que éste produce sobre una garantía fundamental: el debido proceso adjetivo en sede administrativa. Al habilitan la subsanación de este requisito de forma esencial el tribunal pasa por alto que los actos administrativos son inmediatamente eficaces y ejecutivos (son inmediatamente obligatorios y exigibles para el particular. Y no solo eso. Además de la ejecutividad u obligatoriedad inmediata los actos administrativos tienen fuerza ejecutoria. Tal como está legislada, la fuerza ejecutoria habilita a la Administración a materializar por sí misma el acto frente a la resistencia del particular. En virtud de esta propiedad del acto, ni la demanda judicial ni el recurso administrativo tienen, por sí, efectos suspensivos. La

suspensión de los efectos de un acto administrativo solo opera con una decisión administrativa o judicial que así lo establezca.

Por ende, la teoría de la subsanación, tal como la utiliza la jurisprudencia, hace prevalecer la hipertrofia de la potestad administrativa con mengua de las exigencias que impone el debido proceso adjetivo (art. 18, CN; 8° CADH).

En este punto el mandato que impone el bloque de legitimidad es claro: los procedimientos establecidos en las normas (principios y reglas) que componen el ordenamiento jurídico se deben cumplir *antes* de la emisión del acto, no con posterioridad (conf. art. 7° inc. *d* y 1°, inc. *f*, LNPA versión originaria; art. 1° *bis*, 7° inc. *d* y 14 inc. *b*, ap. *iv*, LNPA reformada por Ley 27.742).

Cabe recordar que, según el art. 1° *bis*, LNPA, el derecho a ser oído antes de la emisión del acto, y a ofrecer y producir prueba son garantías básicas, esenciales, mínimas. Estas hasta la Ley 27.742, integraban el debido proceso adjetivo en sede administrativo (art. 1° inc. *f*, LNPA). Ahora, a partir de la ley reformadora, aparece expresamente absorbida por la tutela administrativa efectiva.

Examinemos ahora la jurisprudencia que respalda la teoría de la subsanación aplicada por la CSJN en el fallo “Formosa *c/ DGI*”¹²⁰.

La primera premisa que sustenta el razonamiento de la CSJN se afinca que la eventual restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente.

Los fallos citados por el Tribunal son Fallo: 212:456 (“Fábrica de Agua Lavandina Balcarce”); 218:535 (“Echarren, Ricardo *c/ Consejo Profesional de Ingeniería Civil*”); 267:393 (“Argentine Land And Investment Co. Ltd. *c/ Nación*”); 273:134 (“Universidad Bartolomé Mitre”). En todos ellos se consagra la teoría de la subsanación en sede judicial.

Así, en “Fábrica de Agua Lavandina Balcarce”¹²¹, el Tribunal sostuvo que la restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente. Se señala que el recurrente que tuvo la oportunidad para hacer las alegaciones pertinentes en proceso judicial no puede fundar eficazmente que la falta de audiencia en el primero produce la violación del art. 18 la Constitución Nacional. A la vez se señala que no hay violación al derecho de defensa sin del interesado no intentó allegar prueba ni ha indicado en qué consistían ni en qué medida era susceptible de excusar o atenuar su responsabilidad por los hechos que se estimaron reconocidos.

En “Echarren, Ricardo *c/ Consejo Profesional de Ingeniería Civil*”¹²² se consideró que no es violatoria de la garantía constitucional de la defensa en juicio, una tramitación administrativa, por la sola circunstancia de que la audiencia

120 Fallos: 331:2769.

121 Fallos: 212:456 (1948).

122 Fallos: 228:535 (1950).

en ella acordada no sea previa a una de las resoluciones recaídas en su curso. Reafirmando la teoría de la subsanación en sede judicial el fallo subraya que el recurrente no puede alegar fundadamente la violación del derecho a ser oído por cuanto “la restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente”.

En “Argentine Land And Investment Co. Ltd. c/ Nación”¹²³ el Tribunal, nombrado por el poder de facto, sostiene que la alegada restricción al derecho de defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial y por tanto no es procedente la nulidad articulada.

Finalmente, en “Universidad Bartolomé Mitre”¹²⁴ la doctrina de la subsanación adquiere carta de naturaleza. Esta doctrina –labrada bajo el régimen de *facto*– se ha proyectado hasta nuestros días. Los hechos son los siguientes: el Poder Ejecutivo, sobre la base de un informe producido por un veedor, decide el retiro de la autorización para funcionar a la universidad y ordena la consecuente clausura. La afectada interpone recurso directo ante la Cámara que declara inválida la decisión administrativa por violación al debido proceso.

Concretamente, la Cámara sostuvo que no se había respetado el debido proceso por cuanto la universidad se vio impedida de ejercer efectiva y debidamente el derecho de defensa mediante el aporte de pruebas y demás elementos de convicción para impugnar las conclusiones del veedor designado por el Secretario de Cultura y Educación.

Se desprende del fallo que la decisión de retirar la autorización a la universidad se adoptó luego de un que el veedor designado emitiera un informe en el que se describieron diferentes irregularidades.

El informe del veedor no le había sido notificado a la Universidad.

El núcleo del conflicto de este caso reside en determinar si efectivamente existió indefensión de la Universidad o si, en cambio, ella tuvo oportunidad de ser oída y formular el descargo.

La sentencia sostuvo que la falta de conocimiento del informe por parte de la universidad –que para la minoría constituía una prueba principalísima– no es suficiente para dejar sin efecto la decisión de la administración.

Al respecto el Tribunal consideró que las omisiones observables en la tramitación administrativa pueden ser salvadas en la instancia judicial. Agrega que no existe violación del art. 18 de la CN si el recurrente no indica las defensas o pruebas de que se ha visto privada a consecuencia del trámite impreso a la causa.

Puntualmente sostuvo que abierta la instancia judicial la actora no indicó las defensas o pruebas de las que se habría visto privada al no dársele vista del informe del veedor que actuó en el establecimiento.

123 Fallos: 267:393.

124 Fallos: 273:134.

La minoría, en cambio, consideró que el debido respeto a la garantía del art. 18 exige que, antes de adoptar la resolución que pudiese corresponder, el Poder Ejecutivo confiera vista al representante de la entidad investigada del informe producido por el veedor, puesto que ha sido ésta el principalísimo elemento de juicio tenido en cuenta para dictar el decreto de clausura.

El otro fallo citado por en “Formosa c/ DGI” es “César y Antonio Karam”¹²⁵, Fallos: 310:360, sobre el cual hemos dado cuenta más arriba. Como se advirtió, la jurisprudencia invocada como fundamento de este pronunciamiento que aplicó la teoría de la subsanación con relación al debido proceso adjetivo fue labrada extramuros del Estado de derecho (Fallos 300:1047 y 302:1564).

d.2) La aplicación de teoría de la subsanación en pronunciamientos recientes del fuero contencioso administrativo federal

En el marco de un acto sancionatorio (multa) por inobservancia de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 a una empresa de telecomunicaciones la Sala II de la Cámara Contenciosa Administrativa Federal (CNCAF) sostuvo que el planteo de nulidad del procedimiento sumarial sustentado en la denegación en sede administrativa de las pruebas ofrecidas por el recurrente, requiere:

- que el afectado señale claramente el perjuicio sufrido y las defensas que se ha visto impedido de oponer;
- no es suficiente exhibir una mera invocación en el sentido de que ha sido privado del derecho de defensa;
- se debe indicar concretamente, de qué modo los vicios invocados habrían influido en el ejercicio de aquel derecho.

Con arreglo a estas premisas la sentencia sostuvo se debía desestimar el agravio de la actora puesto que en “ningún pasaje de su escrito recursivo el interesado argumenta en qué medida los elementos probatorios solicitados hubiesen desvirtuado los cargos que les fueron imputados”. Tampoco explicaron de qué manera la producción de esas pruebas lograría controvertir la documentación reunida por la instrucción durante el trámite del sumario, en tanto antecedente de hecho del acto¹²⁶.

En un sumario administrativo iniciado por la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias contra un banco privado y sus agentes responsables, el citado organismo, luego de rechazar la producción de la prueba testimonial, pericial caligráfica e informática ofrecida, le impuso multas de distinta magnitud al banco y a las personas sumariadas (conf. art. 41, inc. 3º, de la Ley 21.526)¹²⁷.

125 Fallos: 310:360 (1987).

126 CNCAF, sala III, “Telecom Argentina c/ EN-M Desarrollo Productivo (Ex 34793932/20 - Disp. 472/21) s/Defensa del Consumidor - Ley 24240 - Art. 45”, de 9 de mayo de 2023.

127 CNCAF, Sala II, “HSBC Bank Argentina SA y otros c/Banco Central de la República Argentina s/entidades financieras - Ley 21.526 - Art. 42”, de 4.12.2020.

En el trámite del recurso directo ante la Cámara se plantea la resolución del acto sancionatorio por haber sido rechazada la producción de la prueba testimonial y de ciertos puntos de la pericial informativa. La Sala II de la CNCAF rechazó el planteo de la recurrente sustentada en los siguientes argumentos:

- no hay nulidad sin perjuicio. No se puede procurar la declaración de nulidad por la nulidad misma. Su procedencia exige la acreditación de un daño serio e irreparable que no pueda ser subsanado sino por medio de esa declaración.
- La nulidad con sustento en la existencia de vicios procedimentales carece de un fin en sí misma, no tiene existencia autónoma; sólo procede cuando la violación de las formalidades conlleva un *perjuicio real y concreto en el derecho de la parte que lo invocó*.
- Por principio, *la nulidad es improcedente si quien la solicitó no demuestra la existencia tanto de un interés personal, cuanto del perjuicio que le ha ocasionado el acto presuntamente irregular*, ya que la respectiva resolución invalidatoria debe responder a un *fin práctico*. La nulidad no puede ser declarada para satisfacer pruritos formales. Sólo puede ser declarada cuando haya un fin que trascienda la nulidad misma.
- Cuando la supuesta restricción de la defensa en juicio ocurre en el procedimiento administrativo, *la efectiva violación del art. 18 de la Constitución Nacional no se produce en tanto exista la posibilidad de subsanar esa restricción en una etapa jurisdiccional posterior* (conforme, entre otros, “Delbene”¹²⁸ y “Argentine Land And Investment Co. Ltd. c/ Nación”¹²⁹) porque *se satisface la exigencia de la defensa en juicio ofreciendo la posibilidad de ocurrir ante un organismo jurisdiccional en procura de justicia*.
- En relación con el planteo concreto de nulidad la Cámara sostuvo que la denegación de la producción de prueba no importa violación del principio de defensa en juicio, si el posterior proceso judicial ofrece –como acontece en autos– oportunidad de subsanar tal circunstancia (conf. Fallos: 292:15, “Olmos”) En este precedente (“Olmos”) el alto Tribunal Federal, con remisión al dictamen de la Procuración General, sostuvo que “desde antiguo [...] la Corte Suprema ha declarado que no importa violación de la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, la omisión de audiencia en el procedimiento administrativo cuando el posterior trámite judicial ofrece la ocasión de subsanarla”¹³⁰.

128 Fallos: 247:52 (“Delbene”). Allí se sostiene que la restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el posterior trámite judicial.

129 Fallos: 267:393 (“Argentine Land and Investment Co. Ltd. c/ Nación”). En este pronunciamiento la CSJN sostiene que la alegada restricción al derecho de defensa por no haber podido ofrecer y producir prueba en el procedimiento administrativo *es subsanable* en el trámite judicial).

130 CNCAF, Sala II, “HSBC Bank Argentina SA y otros c/Banco Central de la República Argentina s/entidades financieras - Ley 21.526 - Art. 42”, de 4 de diciembre de 2020, considerando V.

e) En definitiva:

- La garantía del debido proceso adjetivo (incluida ahora en el art. 1° bis, LNPA, dentro de la garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva) es una pieza capital del procedimiento administrativo. Ella asegura que quien pueda resultar afectado por una decisión de la Administración –ora, mediante la creación de una situación pasiva; ora, a través de la disminución de una situación activa– tenga la posibilidad de ser oído “antes” de la emisión del acto¹³¹.
- Las múltiples garantías comprendidas en el derecho a una tutela administrativa efectiva (art. 1° bis, LNPA), son parte del *bloque de constitucionalidad*¹³². Así se desprende del consid. 6° de “Astorga Bracht”¹³³.
- El art 14 inc. b, ap. iv, LNPA reformada, no deja lugar a dudas: el acto administrativo que “hubiere omitido la audiencia previa del interesado cuando ella es requerida”, por su gravedad, constituye una transgresión al ordenamiento jurídico determinante de nulidad absoluta. Estamos en presencia de una *infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución Nacional convencionalizada* (arts. 18 y 75, inc. 22, CN). Concretamente: el acto desfavorable o de gravamen dictado con omisión de la audiencia previa del interesado, esto es, sin respetar el derecho a ser oído antes de su emisión, incurre en un *vicio constitucional (y convencional)* en tanto viola los arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN: XVIII y XXIV Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8 y 10 Declaración Universal de Derechos Humanos;

131 Además del derecho a ser oído antes de la emisión del acto que pueda afectar sus derechos e intereses jurídicamente protegidos, la tutela administrativa efectiva reconocida por el art. 1° bis inciso a) de la LNPA reformada comprende un *catálogo de garantías fundamentales propias del procedimiento administrativo*: derecho al recurso, esto es, la facultad de impugnar los actos administrativos de gravamen; derecho de participar en audiencias y consultas públicas; derecho a que la autoridad considere fundadamente las opiniones allí vertidas; derecho a exponer razones y ofrecer y producir prueba; derecho a obtener una decisión fundada en derecho; derecho a que el acto decisorio considere los principales argumentos y las cuestiones propuestas; el derecho a que el procedimiento administrativo tramite y concluya dentro de un plazo razonable.

132 Cabe recordar que el “bloque de constitucionalidad”, en nuestro país, constituye la sumatoria de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22) (BIDART CAMPOS, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, p. 402; MANILI, Pablo *El bloque de constitucionalidad*, p.189). El juez Petracchi en sus votos destacó que los tratados y convencionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) “junto con la Constitución Nacional, configuran el bloque de constitucionalidad argentina”.

133 Fallos: 327:4185 (“Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comisión Federal de Radiodifusión s/amparo”). La tutela administrativa efectiva, según el alto Tribunal, se sustenta en los arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN: XVIII y XXIV Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8° y 10 Declaración Universal de Derechos Humanos; 8° y 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2° inc. 3 aps. a y b y 14 inc. 1° Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (conf. Fallos: 327:4185, consid. 6°).

- 8° y 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2° inc. 3° aps. *a* y *b* y 14 inc. 1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Por la naturaleza del vicio y su indiscutida magnitud –en tanto lesiona e interfiere sobre la esfera vital de indemnidad que resguarda la garantía de defensa– este *acto administrativo irregular, portador de un vicio constitucional y convencional*, no puede ser válidamente convalidado o subsanado.
 - A la misma conclusión arribamos con respecto a los actos administrativos emitidos con supresión de los otros segmentos que componen la tutela administrativa efectiva reconocida en el art.1° *bis*, LNPA –derecho a ofrecer y producir prueba antes de la emisión del acto; decisión fundada en derecho; plazo razonable–. Quedan incluidos la violación del derecho a un procedimiento administrativo *útil* o el derecho de acceso al procedimiento administrativo sin valedades formales que lo impidan. Según se desprende de “Astorga Bracht”, consid. 7°, estos segmentos también integran la garantía a una tutela administrativa).
 - La afirmación vertida por un sector de la jurisprudencia según la cual la omisión de audiencia previa en el procedimiento administrativo no importa una violación de la garantía consagrada en el art. 18 CN por cuanto es susceptible de ser subsanada en el trámite judicial posterior colisiona frontalmente con LNPA reformada. El art. 14 inc. *b* de la LNPA en su actual redacción, fulmina con la nulidad absoluta al acto administrativo que hubiere omitido la audiencia previa del interesado. Esta norma no establece excepciones ni dispensas a la ausencia de audiencia previa del interesado cuando ella es requerida por las reglas y principios que conforman el ordenamiento jurídico.
 - En estos términos, el art 14, inc. *b*, ap. (*iv*), primera parte, LNPA reformada por la Ley 27.742, en cuanto fulmina con la nulidad absoluta al acto que omita la audiencia previa del interesado cuando es requerida se erige en un *límite expreso e infranqueable a la aplicación de la teoría de la subsanación*¹³⁴. Es indudable que la finalidad de la antedicha previsión normativa es preservar el núcleo o contenido esencial del segmento defensivo del debido procedimiento administrativo previo a todo acto administrativo.

(iii) “*Grave violación del procedimiento aplicable*”

El art. 14, inc. *b*), ap. (*iv*), LNPA reformada, establece un segundo supuesto de vicio en el debido procedimiento previo determinante de nulidad absoluta.

134 La doctrina administrativista más reconocida postula que la teoría de la subsanación, en tanto construcción que pregona que el vicio grave en las formas esenciales puede ser subsanado ulteriormente en sede administrativa judicial constituye una contradicción insuperable, pues pretende la subsanación de lo que por definición es insubsanable, es decir, la subsanación de una nulidad absoluta (CANDA, Fabián “La “Teoría de la subsanación” en el procedimiento administrativo”, en POZO GOWLAND, H.-HALPERIN - AGUIAR VALDEZ - JUAN LIMA - CANOSA (dirs.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2012, T. II, p. 685).

Nos referimos al defecto tipificado bajo el sintagma *grave violación del procedimiento aplicable*.

A diferencia del régimen español, en el que la nulidad de pleno derecho por vicio en la forma aparece bien definida a través de la prescindencia *total y absoluta* del procedimiento legalmente establecido (art. 47 inc. e, Ley 39/15), la amplitud del sintagma *grave violación del procedimiento aplicable* acarrea dificultades a la hora de discernir el carácter grave o leve de la transgresión a las normas reguladoras del procedimiento.

En efecto: en contraste con la primera parte del art. 14, inc. b) ap. (iv), LNPA reformada –omisión de la audiencia previa del interesado– la segunda parte del 14, inc. b) ap. (iv) no fija estándares nítidos que permitan valorar con precisión cuándo un acto incurre en un vicio en el procedimiento determinante de nulidad absoluta.

A partir de la jurisprudencia labrada en torno a la lacónica formulación legal contenida en la redacción anterior del art. 14 inc. b –violación de las formas esenciales– podemos reconocer que la textura abierta del sintagma *violación grave del procedimiento aplicable* no establece un criterio único para discernir la concurrencia del vicio. La causal contenida en el art. 14 inc. b ap. (iv), LNPA reformada, “grave violación del procedimiento aplicable”, es un concepto jurídico indeterminado que se abastece de distintos supuestos.

a) *Violación grave del procedimiento aplicable y tutela administrativa efectiva*

Una interpretación restrictiva del vicio originado en la “omisión de audiencia previa del interesado” (art. 14 inc. b, ap. iv, primera parte LNPA reformada), trae como consecuencia la traslación del resto de los vicios graves a la *tutela administrativa efectiva* en la causal establecida en la segunda parte del art. 14 inc. b, ap. iv, “grave violación del procedimiento aplicable”. Desde esta atalaya, quedan comprendidos como vicios determinantes de nulidad absoluta las transgresiones graves al art. 1 *bis a*) ap. (ii) violación grave al derecho de ofrecer y producir prueba; ap. (iii) violación grave al derecho a una decisión fundada en derecho (esto es, ausencia de motivación suficiente¹³⁵) como también la falta de consideración adecuada de los principales argumentos¹³⁶ y de la prueba producida¹³⁷; y ap. (iv) violación al derecho a un plazo razonable¹³⁸.

Como se indicó los actos administrativos de gravamen que en el proceso de elaboración *suprimen el núcleo duro de la garantía fundamental a una tutela*

135 Fallos: 331:735 (“Schnaiderman”, 2008); Fallos 342:1393 (“Scarpa”, 2019); Fallos 347:737 (“Reta, Miguel Ángel”, de 2024).

136 CNCAF, Sala IV, “Uromar”, 20/12/1999.

137 “Machado, Jorge José c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) de 15.11.2011.

138 Fallos: 335:1126 (“Losicer”, 2012); Fallos 336:2184 (“Bonder Aron”, 2013).

administrativa efectiva (arts. 18 y 75.22 CN; art. 1° bis a, LNPA reformada) incurrir en algo más que en un vicio pura o meramente administrativo. Tales actos están afectados por defectos o *vicios constitucionales*. De consiguiente, tanto la inobservancia del art. 1° bis a ap. (i) –supuesto específicamente subsumido en la causal prevista en la primera parte del art. 14 inc. b ap (iv), “omisión de la audiencia previa de interesado”– como la supresión o seria interferencia de las garantías reconocidas en el art. 1° bis apartados (ii), (iii) y (iv) constituyen supuestos de *infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución Nacional convencionalizada determinantes de una nulidad constitucional absoluta*.

b) *Violación grave del procedimiento aplicable e inobservancia de requisitos viscerales del procedimiento*

Existe violación grave del procedimiento aplicable si durante la preparación y elaboración del acto –esto es, en la etapa previa a su emisión– *no se cumplen los trámites y exigencias formales viscerales* previstas de modo expreso –o razonablemente implícito– en las reglas y principios que conforman el ordenamiento jurídico.

Así, en “Borgo”¹³⁹ (ausencia de interpelación previa a la emisión del acto de caducidad previsto en el art. 21, LNPA) la CSJN consideró que “la falta de todo requerimiento al demandante hace que el acto de caducidad dispuesto por la administración haya sido dictado con violación de la ley (art. 14, inc. b), [...] la omisión del recaudo sustancial previsto en la ley como condición para decidir la caducidad del acto, sólo puede juzgarse en los términos señalados y dar lugar a la nulidad absoluta del acto”. En este caso la Corte enfatiza que *se requería una interpelación* para que el empleado incurriera en mora y pudiesen jugar los efectos propios del retardo imputable en la esfera de la relación de empleo público. Esta es la finalidad individual de la forma omitida. A la vez, este recaudo formal resultaba visceral en atención a la finalidad del acto que se estaba preparando: la extinción de una relación de empleo.

En “Adidas Argentina y otros c/ E.N. - M° de Economía s/ amparo” el alto Tribunal declaró la nulidad de una resolución del Ministerio de Economía que prorrogó una medida de fomento a favor de la industria del calzado por cuanto el acto que dispuso la susodicha extensión “no cumplió con el procedimiento reglamentario para el dictado de un acto de prórroga de una medida de salvaguardia inicial”¹⁴⁰.

139 Fallos: 308:108, en especial considerandos 6 y 7.

140 Fallos: 325:1038 La previsión normativa aplicable establecía que las prórrogas de las medidas definitivas impuestas serán adoptadas siguiendo el mismo procedimiento que para la imposición de las medidas iniciales. Según se desprende del fallo, confirmatorio de lo decidido por la alzada, la autoridad de aplicación, al momento de disponer la prórroga, omitió tales procedimientos. Por cierto, en este fallo también se advierte un vicio puramente administrativo en la causa, puesto que el órgano decisor ignoró el derecho aplicable.

En materia contractual la Corte federal¹⁴¹ y el fuero especializado¹⁴² sostienen que la omisión de la licitación pública cuando ella es requerida por ley, constituye un defecto grave en el procedimiento que vicia de nulidad absoluta el acto de adjudicación y, por añadidura, el contrato celebrado con el contratista¹⁴³. En estos supuestos la licitación pública está llamada a satisfacer la libre concurrencia e igualdad, principios básicos de la contratación pública.

Un caso paradigmático se presentó en “Aparicio”¹⁴⁴. En el marco de proceso en el que conjuces de la CSJN debían dirimir la procedencia de pago de diferencias remuneratorias de magistrados, con fundamento en el art. 110 CN, se planteó el siguiente conflicto: si la designación de los abogados conjuces debía considerarse constitucionalmente válida. Específicamente, el núcleo del conflicto exigía dilucidar “si el proceso que concluyó con el dictado del Decreto 856/2014, de designación de conjuces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se adecuó a las reglas y recaudos establecidos en la Constitución Nacional”. La sentencia del alto Tribunal puntualizó que el art. 99, inc. 4º, primer párrafo de la Constitución Nacional establece que el Poder Ejecutivo Nacional nombra a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes. Dado que el acuerdo que la cámara de Senadores dio a los conjuces solo fue por mayoría, el alto tribunal consideró que se debía declarar, de oficio, la nulidad de la designación de conjuces efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional por cuanto el referido acuerdo no contó con el voto de los dos tercios de los miembros presentes del Senado de la Nación, como exige el art. 99, inc. 4º, primer párrafo de la Constitución Nacional. Desde el miraje de la sentencia del alto Tribunal, la designación de los conjuces incurrió en un *vicio grave en el procedimiento aplicable* puesto que el acuerdo del Senado –en tanto no cumplió con la mayoría de dos tercios que establece el art. 99 inc. 4º de la CN para la designación de jueces de la CSJN– se consideró como que nunca fue realizado.

En estos términos cabe concluir que el acto de designación de conjuces es irregular en tanto está afectado por una infracción estructural (genética u originaria) formal directa de la Constitución Nacional.

141 Fallos: 310:2278.

142 CNCAF, Sala IV, “Warning S.A. v. Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales -INCAA”, de 5.11.2002.

143 Sin embargo, algunos pronunciamientos del alto Tribunal consideran que en los supuestos que la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión del contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia (Fallos: 323:3924, “Ingeniería Omega”; Fallos: 323:1515, “Más Consultores”, entre otros). Esta posición del Tribunal está mentando un supuesto de inexistencia material de acto.

144 Fallos: 338:284.

Una variable del criterio anterior valora el carácter visceral de la inobservancia del procedimiento no solo desde la finalidad individual del trámite o de la actuación debida portadora del defecto sino en función de la relevancia de tales trámites y actuaciones en su totalidad conglobada. Desde este vértice, la ponderación de la magnitud del vicio de forma exige una mirada macroscópica, de conjunto, y más allá de particularidad del defecto puntal de forma.

Así en “Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza”¹⁴⁵, el Alto Tribunal declaró la nulidad absoluta de la decisión dictada por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) por la cual se le había otorgado la personería jurídica a diferentes comunidades indígenas que ocupan tierras en la provincia actora, sin que ésta haya tenido participación anterior en el procedimiento. En este supuesto la violación al debido procedimiento administrativo previo exhibe gravedad por cuanto se ignoró que en esta materia (conf. art. 75 inc. 17, CN) existen competencias concurrentes entre la Nación y la provincia. Es precisamente en función de esa finalidad que la provincia reclamó. El Tribunal destacó que El organismo nacional, en el marco del régimen constitucional vigente, no tiene el poder de otorgar la personería a las comunidades en tanto subsistan objeciones de la Provincia. Señaló que las atribuciones del INAI en relación con la personería jurídica de las comunidades deben ser ejercitadas con la debida consideración con la precaución de preservar el espacio necesario para el ejercicio de las atribuciones de las provincias en la órbita de su propia jurisdicción. Finalmente señaló: “el INAI ha actuado sin el debido respeto a los poderes concurrentes de la provincia en la materia, por lo que corresponde declarar su nulidad”.

En este caso, una apreciación conglobada o de conjunto permite advertir que la magnitud del vicio –consistente en la falta de participación de la provincia en el otorgamiento de personería jurídica a comunidades que ocupan tierras en su territorio– está asociada a la violación del régimen de facultades concurrentes que expresamente consagra el art. 75 inc. 17 CN y las normas legales aplicables. Es decir, existe un vicio o inobservancia de las formas viscerales en tanto y en cuanto el defecto del acto conspira contra la forma de Estado federal. En tal circunstancia estamos en presencia de un vicio constitucional por infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución Nacional.

c) Violación grave del procedimiento aplicable y participación no defensiva del particular

Existe grave violación del procedimiento aplicable en los términos del art. 14 inc. b) ap. (iv), segunda parte, LNPA, cuando no se respeta la *participación*

*debida previa no defensiva*¹⁴⁶ de los interesados; esto es, cuando se viola el derecho a la participación tal como lo establece el bloque de juridicidad¹⁴⁷. Los arts. 1° bis inc. a) (i) tercer párrafo y 8° bis, LNPA reformada, reglamentan –de manera un tanto controvertida–¹⁴⁸ el derecho a la participación no defensiva a través de la

146 Fallos: 339:1077 (“Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros *el* Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, CEPIS, de 18-8-2016). El considerando 18 de la sentencia señala lo siguiente: “en materia tarifaria la participación de los usuarios de un servicio público no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida [...] es imperativo constitucional garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio. Este derecho de participación reconocido a los usuarios en el caso del servicio de gas se estructuró, en 1992, en su ley regulatoria mediante el mecanismo de audiencias públicas. Estas audiencias constituyen una de las varias maneras de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas [...] La participación de los usuarios con carácter previo a la determinación de la tarifa constituye un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información ‘adecuada y veraz’ (artículo 42, Constitución Nacional) y un elemento de legitimidad para el poder administrador, responsable en el caso de garantizar el derecho a la información pública, estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno (artículo 1°, Constitución Nacional)”.

147 En Fallos: 340:1193 (“Mamani”) En esta sentencia se dispuso declarar la nulidad de una autorización de desmonte porque, entre otras razones, “no surge de las constancias de la causa que se hayan celebrado las audiencias públicas antes del dictado de las resoluciones cuestionadas”.

Al respecto el alto Tribunal señala que “la Constitución Nacional asegura a todos los habitantes el derecho a gozar de un ambiente sano y el acceso a la información ambiental (artículo 41). De su lado, la Ley General del Ambiente 25.675 establece que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente (artículo 19); al tiempo que para concretar ese derecho, la norma regula el deber de las autoridades para institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de actividades que puedan tener efectos negativos sobre el ambiente (artículo 20), haciendo especial énfasis en la participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio (artículo 21)”.

148 El art. 1° bis inc. a ap. (i) tercer párrafo, LNPA reformada, establece lo siguiente: “Cuando fuere exigible por *norma de rango legal* la realización de una audiencia pública, ésta se llevará a cabo de acuerdo con lo que establezca la reglamentación aplicable. Dicho procedimiento *podrá ser [...] sustituido por el mecanismo de consulta pública* o el que resulte más idóneo, técnica o jurídicamente, para el logro de la mejor y más eficiente *participación de los interesados* y la adopción del acto de que se trate. El contenido de tales instancias participativas no será vinculante para las autoridades administrativas, sin perjuicio del deber de éstas de *considerar las principales cuestiones conducentes allí planteadas*, para el dictado de los pertinentes actos”.

Un examen inicial del art. 1° bis inciso a ap. (i) tercer párrafo, LNPA reformada, en cuanto habilita a la Administración a “sustituir” a la audiencia pública establecida por leyes especiales regulatorias por otro mecanismo de consulta pública, no puede superar exitosamente el test de constitucionalidad. Concretamente, la atribución discrecional que la Ley 27.742 le otorga a la Administración para sustituir la audiencia pública –dispuesta mediante ley especial– por la consulta pública u otro medio que la administración considere idóneo es una opción legal ilegítima. Ello es así por cuanto una ley general (como es el art. 1° bis a, ap. (i), tercer párrafo LNPA) no tiene

audiencia y la consulta pública. (El art. 1° *bis a*, LNPA, prevé, de manera indeterminada, la posibilidad de que se tal participación se encauce a través de otros *mecanismos* que resulten más idóneo, técnica o jurídicamente, para la mejor y más eficiente *participación de los interesados*).

Quedan incluidos en este supuesto la violación del *derecho a la participación de la comunidad indígena* en toda cuestión que concierna a las tierras que ella tradicionalmente ocupa^{149 150}. En este caso, la violación del art. 75, inc. 17, CN, configura una infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución convencionalizada.

d) *Violación grave del procedimiento aplicable y motivación*

La *motivación* del acto constituye la explicitación de fundamentos, de la causa y finalidad del acto. Ella cumple tres finalidades básicas: obliga a la Administración a dar cuenta de sus decisiones; en caso de ser impugnadas, permite a los tribunales judiciales revisar su legitimidad y contribuye a que el particular afectado pueda ejercer su defensa. La Corte Federal ha señalado que la motivación del acto no puede ser modificada posteriormente por los jueces cuando su validez es cuestionada¹⁵¹.

En fecha relativamente reciente, la Corte Federal señaló que la mención expresa de las razones y antecedentes, tanto fácticos como jurídicos, determinantes de la emisión de un acto administrativo, se dirige a garantizar una eficaz tutela de los derechos individuales, de modo *que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las motivaciones y fundamentos que indujeron a la administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica*, ello en función de un adecuado control frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa¹⁵².

Con anterioridad el alto Tribunal había puntualizado que la emisión de un acto sin expresar las razones que lo justifican lo tornan ilegítimo, sin que quepa dispensar dicha omisión por haberse ejercido potestades discrecionales, las que –por el contrario– imponen una observancia más estricta de la motivación¹⁵³.

ni puede tener preeminencia sobre una ley especial, como v.gr. las leyes regulatorias en materia ambiental o de los servicios públicos. La jurisprudencia es clara al respecto: *las normas especiales tienen, como tales, prevalencia sobre las normas generales* (CNCAF, Sala I, “Giustiniani Ruben c/ YPF” y sus citas, de 14.8.2014).

149 Fallos: 325:1744 (“Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi v. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ AMPARO”, 11/7/2002) y Fallos: 326:325.

150 Para ampliar véase el valioso trabajo de STORTONI, Gabriela, “La participación ciudadana como derecho humano”, *RDA* N° 141, junio, 2022.

151 Fallos: 344:1013 (“Roa Restrepo, Henry”).

152 Fallos: 347:468 (“Melgarejo”, de 15 de mayo de 2024 y su cita: Fallos: 344:3573).

153 Cfr. doctrina de Fallos: 324:1860 (“Lema”).

La Corte IDH considera a la motivación como exteriorización de la justificación que permite llegar a una conclusión. Al respecto el tribunal interamericano sostiene que *el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el art. 8º.1 CADH para salvaguardar el derecho a debido proceso*¹⁵⁴. Concretamente, para la Corte IDH la motivación es una porción o parte del debido proceso legal reconocido en el art. 8º CADH. A la vez, agregamos nosotros, la debida motivación del acto se inserta en la garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva (art. 1 *bis*, inc. *a* ap. *iii*, LNPA reformada; CSJN, “Astorga Bracht”, consids. 6º y 7º).

La carencia de motivación o de su equivalente funcional, la ausencia de motivación suficiente¹⁵⁵ o de fundamentación digna, como señala un sector de la doctrina española contemporánea, configuran supuestos que se subsume en la causal establecida en el art. 14 inc. *b*, ap. (*iv*), segunda parte, LNPA reformada: violación grave del procedimiento aplicable. Al tal efecto es necesario tener en cuenta que el contenido del elemento esencial procedimiento se abastece, expresamente, de la garantía a una *tutela administrativa efectiva*. Esta, a la vez, incluye el *derecho a una decisión fundada* por el cual se “haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, entre ellas, la prueba producida” (art. 1º *bis* inc. *a*, ap. *iii*, LNPA reformada). De consiguiente si el requisito esencial procedimiento exige el cumplimiento de los diferentes momentos, segmentos o partes del derecho a la tutela administrativa efectiva; y ésta, a la vez, se integra con el derecho a una decisión fundada (lo que equivale a una decisión debidamente motivada), se concluye que el acto administrativo que carece de fundamentos o le *falta motivación suficiente* padece una irregularidad esencial constitutiva de una violación grave del procedimiento aplicable determinante de nulidad absoluta. Esta interpretación del art. 14, inc. *b*, ap. *iv*, *in fine*, LNPA reformada, guarda congruencia con la doctrina jurisprudencial labrada por la CSJN en los últimos lustros¹⁵⁶.

154 Corte IDH, “Chocrón Chocrón” (2011) párr. 118/120; “Maldonado Ordóñez” (2016) párr. 87 y ss; “Casa Nina” (2020), párr.87/95.

155 La *motivación* del acto, en tanto explicitación de fundamentos, de la causa y finalidad del acto, cumple tres finalidades: que la Administración dé cuenta de sus decisiones; que estas puedan ser examinadas en su legitimidad por los tribunales de justicia en caso de ser impugnadas y que el particular afectado pueda ejercer suficientemente su defensa.

La Corte Suprema ha sido enfática al sostener que la emisión de un acto sin expresar las razones que lo justifican lo tornan ilegítimo sin que quepa dispensar dicha omisión por haberse ejercido potestades discrecionales, las que –por el contrario– imponen una observancia más estricta de la motivación (cfr. doctrina de Fallos: 324:1860).

156 Fallos: 331:735 (“Schnaiderman”, 2008); Fallos: 342:1393 (“Scarpa s/ AMPARO”, 2019); Fallos: 347:737 (“Reta, Miguel Ángel”, de 2024).

En Fallos: 342:1393 (“Scarpa s/ amparo”) la CSJN decidió confirmar la sentencia que declaró la invalidez de la disposición que decidió el cese de la interventora del Registro Seccional de la

En tales condiciones cabe insistir en que la falta de tipificación expresa de la ausencia de motivación suficiente como defecto o irregularidad esencial determinante de nulidad absoluta, no impide reconocer que tanto la carencia absoluta de fundamentación como su equivalente funcional, la falta de motivación suficiente, constituyen sendos supuestos de violación grave del procedimiento aplicable determinante de nulidad absoluta (art. 14, inc. b, ap. iv, *in fine*, LNPA).

e) *Relación de conectividad entre el vicio de forma y el fondo del acto. El dictamen jurídico*

e.1) Otra técnica para discernir la presencia de una irregularidad esencial constitutiva de violación grave del procedimiento aplicable determinante de nulidad absoluta reside en examinar si el vicio en el procedimiento influyó o no sobre el fondo de la decisión, esto es, si la decisión u objeto del acto administrativo hubiera sido diferente –o no– con la observancia del procedimiento debido omitido o realizado defectuosamente. Este criterio –empleado en algunos países europeos para discernir la presencia de un vicio determinante nulidad relativa, v.gr. art. 46 Ley alemana de Procedimientos Administrativos– reconoce un *vínculo causal entre el vicio de forma y la decisión de fondo*. Su ámbito de aplicación es predicable en el ejercicio de facultades regladas. Por cierto, en lo que atañe al ejercicio de poderes discrecionales bastará que existan dudas sobre el impacto del vicio de forma sobre el fondo, para que se declare la nulidad del acto.

Esta pauta es utilizada por la PTN en relación con subsanación en sede administrativa de los actos administrativos de gravamen emitidos sin dictamen jurídico previo, siempre que lo decidido guarde conformidad con el bloque de legitimidad.

e.2) El *dictamen jurídico* integra el elemento esencial procedimiento

La redacción actual del art. 7º inc. d, LNPA, expresamente indica que *el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados* está

Propiedad Automotor, por cuanto *el acto no invocó un hecho concreto como causa de remoción*. Se fundó solamente en razones de servicio. El Tribunal, con remisión al dictamen de la Procuración Fiscal, consideró que el acto que decidió el cese carecía de un fundamento suficiente.

En Fallos: 347:737 (“Reta, Miguel Ángel”) el Tribunal sostuvo que si bien no pueden desconocerse las facultades que tiene la universidad demandada para reorganizar la estructura administrativa para su adecuado funcionamiento, es ilegítimo el acto administrativo que dispuso el cese del interinato del actor por cuanto dicho acto debía contener la motivación exigida por las normas aplicables para ser considerado válido. El Tribunal destaca que esa conclusión no puede verse modificada por la invocación de razones de crisis económica y social formuladas por la demandad, pero que no fueron expresadas en la oportunidad pertinente.

incluido dentro de los procedimientos que deben cumplirse “antes” de la emisión del acto administrativo (de gravamen)¹⁵⁷.

El asesoramiento del servicio jurídico permanente es obligatorio cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos o intereses jurídicamente protegidos. En el esquema de ordenación del acto, el dictamen jurídico se presenta como un dispositivo de control de legitimidad. Previene el ilícito administrativo. El dictamen jurídico previo contribuye a asegurar la plena juridificación de la actividad de los órganos y entes que desarrollan la función administrativa.

La doctrina de la PTN puntualiza que el dictamen jurídico previo tiene una doble finalidad: de un lado, es una garantía para los administrados en tanto impide que la Administración dicte actos referidos a derechos subjetivos e intereses legítimos sin la debida correspondencia con el orden jurídico vigente; de otro, evita probables responsabilidades del Estado al advertir a las autoridades competentes acerca de los vicios que el acto pudiera contener (PTN, Dictámenes 256:82 y sus citas: Dictámenes 197:61; 243:216; 254:553).

El órgano asesor sostiene también que el dictamen jurídico supone un análisis específico, exhaustivo y profundo de una situación concreta, efectuada a la luz de las normas jurídicas vigentes, a efectos de recomendar conductas acordes con la justicia y el interés legítimo de quien formula la consulta (Dictámenes 273:214).

e.3) La jurisprudencia del fuero especializado en materia administrativa entiende que la omisión del dictamen jurídico previo a la emisión de un acto de gravamen o sancionador, en la medida en que no concorra ninguna circunstancia que permita excluir su exigencia o tenerlo por cumplido, determina su nulidad en los términos del art. 7º, inc. d), y 14 de la Ley 19.549, por ausencia de un requisito esencial. En tal sentido se sostuvo que el fin perseguido por el art. 7º, inc. d), Ley 19.549 “no es otro que el de juridizar la actividad de la Administración Pública y debe admitirse que concurre a ese fin la exigencia legal de exigir que antes de la emisión del acto se solicite la emisión de un dictamen jurídico”.

Con arreglo a esas circunstancias se sostiene que la omisión del dictamen jurídico configura la ausencia de un requisito esencial obligatorio para la validez del acto administrativo determinante de la nulidad absoluta del acto (arts. 7º, inc. d) y 14 de la Ley 19.549)¹⁵⁸. En el mismo sentido, la Sala IV de la CNCAF

157 Reza el art. 7º inc. d, modificado por Ley 27.742: “Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan las normas especiales, se incluyen en estos últimos [...] (ii) el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados”.

158 CNCAF sala II en “American Airlines Inc. c. Secretaría de Comercio e Inversiones” de 04/05/2000.

considera que la falta de dictamen jurídico previo vicia de nulidad absoluta e insanable al acto atacado (art. 14 inc. *b* LNPA)¹⁵⁹.

Aun cuando el art. 7º, inc. *d*), Ley 19.549, establece que el dictamen jurídico previo está expresamente comprendido en el requisito esencial procedimiento, la jurisprudencia del alto Tribunal entiende que, si el acto se dictó sin la intervención del servicio jurídico permanente del organismo, ni audiencia del interesado, *el gravamen que de ello surgiría desaparece si durante el trámite del recurso de reconsideración, se observaron tales requisitos*¹⁶⁰. En sentido similar se pronuncia la PTN en Dictámenes 261:407.

Es decir, según la jurisprudencia del alto Tribunal y la doctrina administrativa de la PTN, resulta admisible subsanar la ausencia de dictamen jurídico previo a la emisión del acto si ese requisito de forma esencial se observa en trámite del procedimiento impugnatorio.

En el ámbito judicial esta doctrina irrumpe en Fallos: 301:953 (“Duperial”), sentencia dictada por la Corte *de facto* cuyos miembros fueron designados extramuros del correspondiente procedimiento establecido por la Constitución, reaparece en “Asociación Universidad del Salvador *c/IGJ s/recurso directo*”, de 2024.

En “Asociación Universidad del Salvador *c/IGJ s/recurso directo*” el Alto Tribunal sostiene que el requisito del dictamen de servicio jurídico permanente “hace a la juridicidad de la actuación y debe ser cumplido antes de que la Administración exprese su voluntad (Fallos: 301: 953, “Duperial”)”. Agrega que en el ya mencionado caso “Duperial” la Corte tuvo en cuenta que el dictamen fue emitido durante la tramitación del recurso de reconsideración y considerado por la propia administración en el acto confirmatorio. En tales condiciones concluye que “el gravamen causado por la ausencia de dictamen jurídico desaparece si durante el trámite del recurso de reconsideración ante la Administración se observó el requisito”¹⁶¹.

e.4) En una línea similar que se mantiene hasta nuestros días, la PTN sostiene que no procede la nulidad de un acto por falta de dictamen previo si aquella omisión es subsanada posteriormente (v. Dictámenes 191:140) mediante dictámenes posteriores que purgan el vicio de la omisión del dictamen previo (v. Dictámenes 252:274; 144:148; 193:110 y 197:162; entre otros). La omisión resulta salvable si la cuestión resuelta estuviera arreglada a derecho (Dictámenes 252:274). En respaldo de esa doctrina el órgano asesor cita Fallos: 310:955. En esa misma dirección se señala que la omisión del dictamen previo no da lugar a la nulidad en tanto aquélla fuere subsanada a posteriori y los dictámenes ulteriores

159 CNCAF, sala IV, “Uromar SA”, de 20.23.1999.

160 Fallos 310:1200, consid. 6º; 310:272 y sus remisiones.

161 Fallos 347:180 (Asociación Civil Universidad del Salvador *c/IGJ s/recurso directo*”, de 21 de noviembre de 2024).

positivos expurgan el vicio incurrido, siempre que la cuestión estuviera arreglada a derecho y la omisión formal resultara salvable (Dictámenes 258:18; 261:407).

El órgano asesor puntualiza que la teoría o doctrina de la subsanación según la cual no procede la nulidad de un acto por falta de dictamen previo si aquella omisión es subsanada posteriormente y los dictámenes posteriores purgan el vicio de la omisión del dictamen previo (Dictámenes 197:162 y 254:561 y 301:955, entre otros); siempre que la cuestión sea ajustada a derecho, resulta aplicable cuando el vicio hubiese recaído en el elemento “procedimiento”, previsto en el art. 7º, inc. d) de la LNPA, esto es, cuando no se ha emitido dictamen jurídico previo al acto administrativo. La PTN enfatiza, sin embargo, que ese criterio no se traslada a los requisitos causa y motivación (Dictámenes 312:227).

Se advierte así que, a pesar del claro deber impuesto por el art. 7º inc. d, LNPA en su redacción originaria, el órgano asesor consideró que la falta de dictamen jurídico previo a la emisión del acto que afecta derechos subjetivos o intereses legítimos es un vicio leve; por ende, ello habilita su saneamiento en sede administrativa mediante el dictamen posterior. Claro está, en sus dictámenes la PTN subraya tal subsanación es posible siempre que lo decidido (esto es, el objeto o contenido del acto administrativo) guarde conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable.

Con arreglo a la doctrina que de estos dictámenes cabría inferir que el alto organismo asesor considera que la nulidad absoluta solo procede si se prueba la existencia de una relación *causal entre el vicio de forma –ausencia de dictamen jurídico previo al acto de gravamen– y la decisión de fondo –acto ilegítimo–*. En cambio, si a pesar de la ausencia del dictamen jurídico previo, el contenido del acto es conforme a derecho, la ausencia de dictamen previo –según sostiene el órgano asesor– solo será anulable y, por ende, susceptible de confirmación.

e.5) Cabe señalar que la regla que discierne el vicio en el procedimiento según si éste se refleja e influye en sobre la decisión de fondo, se inscribe en aquello que la doctrina europea denomina *tendencia a la reducción de la virtualidad invalidante de los vicios de forma*¹⁶². En esa línea el art. 46 de la Ley alemana de Procedimientos Administrativos –en relación con los actos anulables– considera que no puede declararse la nulidad de un acto administrativo con defecto de procedimiento si es evidente que la lesión (del precepto de procedimiento) no ha influido en la decisión sobre la cuestión. Para Maurer¹⁶³ si el defecto de procedimiento no tiene efectos en la decisión material, esto es, si esta decisión no es distinta si se cumple el precepto procedimental lesionado, entonces no cabe ejercer una pretensión de impugnación contra el acto. En España, García Luengo¹⁶⁴ considera que la adopción del criterio

162 GARCIA LUENGO, Javier, *op. cit.*, p. 74.

163 MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo*. Parte general, 17ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2009, p.292 y ss.

164 GARCIA LUENGO, Javier, *op. cit.*, pp.74/75.

por el cual la infracción formal producirá el efecto invalidante cuando afecte el sentido de la decisión de fondo –tal como la han adoptado en el derecho alemán y en otros países europeos– favorece la seguridad jurídica.

e.6) Ahora bien, según se desprende de la doctrina jurisprudencial del alto Tribunal federal en Fallos: 347:180 (“Asociación Civil Universidad del Salvador c/ IGJ s/recurso directo”, de 2024) la carencia o falta absoluta de dictamen jurídico previo a la emisión de un acto desfavorable o de gravamen –esto es, un acto que “pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos”, o, como lo señala el art. 7º, inc. *d*, de la LNPA reformada, un acto que “pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados” no es susceptible de subsanación en sede judicial, aun cuando se considere que el acto administrativo reúne el resto de los requisitos de legitimidad (dentro de los cuales se encuentre el objeto o contenido conforme a derecho).

Para arribar a esa conclusión, la CSJN argumenta del siguiente modo:

- el dictamen es una actuación preparatoria de la voluntad administrativa;
- la emisión del dictamen jurídico –antes de la emisión del acto de gravamen– se encuentra requerido (ordenado) “por la ley”;
- el susodicho mandato surge “en forma expresa y clara” cuando el acto afecta derechos subjetivos del administrado;
- el argumento de que el acto fue dictado conforme a derecho es inatendible por cuanto “la exigencia del dictamen jurídico previo hace al debido proceso adjetivo”;
- la ausencia de dictamen jurídico no se purga por el hecho de que la decisión administrativa que eventualmente se adopte sin recurrir a ese dictamen cumpla con los restantes requisitos esenciales de los actos administrativos;
- la cuestión de si el acto es o no conforme a derecho también depende del cumplimiento del requisito de emisión del dictamen previo a la decisión final por parte de la Administración;
- la ausencia de un dictamen jurídico de requerimiento obligatorio se presenta como “causa de nulidad del acto administrativo”¹⁶⁵.

Con arreglo a estas premisas es dable concluir que la ausencia absoluta de dictamen jurídico –en aquellos supuestos que este acto *preparatorio* de la voluntad administrativa resulte de observancia obligatoria (conf. art. 7º inc. *d*, LNPA)– configura un defecto o vicio que no es susceptible de ser saneado en sede judicial, aun cuando el acto pudiera ser considerado dictado conforme a derecho, toda vez que nos encontramos frente a una *violación grave en las formas esenciales* (según el art. 14 inc. *b*, LNPA, redacción originaria) o, ante una *violación grave del procedimiento aplicable* determinante de nulidad absoluta (de acuerdo con los términos del art. 14 inc. *b*, ap. *iv*, *in fine*, de la LNPA modificada por Ley 27.742).

¹⁶⁵ Conf. Fallos: 347:180 (Asociación Civil Universidad del Salvador c/ IGJ s/recurso directo”, de 21 de noviembre de 2024), consid. 8º.

e.7) Si reducimos la complejidad, advertiremos que la sentencia dictada por la CSJN en Fallos 347:180 consagra dos reglas que atañen al debido procedimiento previo:

- por un lado, se ratifica *expresamente* la doctrina labrada extramuros del Estado de derecho en Fallos: 301:1200 (“Duperial”), según la cual “el gravamen causado por la ausencia de dictamen jurídico desaparece si durante el trámite del recurso de reconsideración ante la Administración se observó el requisito”. Esta doctrina, cabe señalar, ya había sostenida por el Alto Tribunal en el consid. 16 de “Laboratorios Ricar” (Fallos: 318:2311).

En términos técnicos, esto significa que la falta de dictamen jurídico en la etapa constitutiva (esto es, previo a la emisión del acto de gravamen) podrá ser saneada en el trámite del procedimiento administrativo impugnatorio, siempre que lo decidido resulte conforme a derecho.

Fallos: 327:4185 (“Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comisión Federal de Radiodifusión s/amparo”). El consid. 7º puntualiza que la tutela judicial y administrativa es una *garantía* que “supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –a lo que cabe agregar ante las autoridades administrativas competentes– y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos: 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –o procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión– fundada (Fallos: 310:1819).

- por otro lado, se concluye que la inexistencia (absoluta) de dictamen jurídico configura un supuesto determinante de nulidad absoluta. Por ende, ese vicio no es susceptible de saneamiento en sede judicial, aun cuando el acto “cumpla con los restantes requisitos esenciales de los actos administrativos”, tal como sucede, v.gr., cuando el objeto del acto guarda conformidad con el sector del bloque de juridicidad que condiciona su emisión.

De este modo, la sentencia registrada en Fallos: 347:180 erige al dictamen jurídico previo –cuando resulte de requerimiento obligatorio– en *requisito visceral* del elemento procedimiento (art. 7º inc. d, LNPA). En este aspecto, la doctrina que se desprende de Fallos: 347:180 prescinde del vínculo causal entre el vicio de forma y la decisión de fondo.

e.8) Ahora bien, en clave de derechos y garantías fundamentales, la sentencia dictada en Fallos: 347:180 realiza una afirmación relevante. Señala el Tribunal: “el dictamen jurídico hace al debido proceso adjetivo”. Es decir, de manera contundente se afirma que el dictamen es un segmento específico del debido procedimiento previo a todo acto (de gravamen) en cuanto atañe directamente a la defensa de los derechos e intereses del particular, y no solo compromete a la

juridificación de la función administrativa. Tal afirmación tiene implicaciones prácticas en cuanto conlleva el reconocimiento de que el dictamen jurídico previo se inserta en el derecho a una *tutela administrativa efectiva*. Concretamente, desde este vértice, la emisión del dictamen jurídico previo se conecta con el *derecho a una decisión fundada en el bloque de juridicidad*, esto es, en reglas y principios jurídicos (conf. art. 1° *bis a* ap. *iii*, LNPA reformada).

En este marco, cabe que nos preguntamos si el *amparo* constitucional del art. 43 CN resulta el medio judicial idóneo para impugnar actos administrativos que prescinden del dictamen jurídico previo. Ello en la inteligencia de procurar hacer cesar la lesión sobre el debido proceso adjetivo y restablecer, en su propia naturaleza, la garantía a la tutela administrativa efectiva, conforme lo establece el art. 1° *bis a* (*iii*), LNPA.

En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (SCBA) entendió que el *amparo* es una vía judicial idónea para declarar la nulidad de un acto administrativo que denegó un permiso para realizar obras, por cuanto la *ausencia de dictamen jurídico* previo se presenta como *un vicio grave y esencial, de fácil verificación* –la falta del dictamen jurídico previo había sido reconocida por la propia accionada– compromete la *garantía de defensa* y no asegura una suficiente fundamentación de lo que se decide¹⁶⁶.

A partir de la contundente doctrina labrada por la CSJN en Fallos: 347:180 (2024) es dable considerar que la falta absoluta de dictamen jurídico previo habilita la introducción de la pretensión de amparo con miras a salvaguardar y restablecer en su integridad la garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva (art. 1° *bis*, inc. *a* ap. *iii*, LNPA reformada). Cabe recordar que en “Astorga Bracht s/amparo”¹⁶⁷ el segundo momento de la tutela administrativa efectiva se satisface con un procedimiento conducido en legal forma.

f) *Forma y finalidad*

En línea con el criterio anterior –llamado a atenuar la virtualidad invalidante de los vicios de forma– otro sector de la doctrina destaca que *la infracción*

166 SCBA, 4/9/2002, “Club Estudiantes de la Plata v. Municipalidad de La Plata s/amparo”, ED Serie Especial Derecho Administrativo, 31/12/2002, p. 23. Correctamente el tribunal puntualiza (consid. 6°) que el acogimiento de la pretensión amparista no lleva insito la autorización para realizar las obras que el Municipio había denegado; antes bien, lo decidido en la sentencia habilitó al particular para continuar con las actuaciones iniciadas ante la Municipalidad y dispuso que ésta asegure, en el trámite de las actuaciones, el cumplimiento de las garantías del debido proceso en sede administrativa.

167 Sobre este tema véase los trabajos de CANOSA, Armando N., *Procedimiento administrativos: recursos y reclamos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 72 y ss; del mismo autor: “Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva”, *RAP*, 323, p. 75; y URRUTIGOTY, Javier, “El principio de tutela administrativa efectiva”, *JA* 2005-IV, Suplemento de Derecho Administrativo del 30/11/2005, p. 35.

*determinante de la invalidez del acto no es tanto el no respetar la forma exigida por la ley como el no haber conseguido el objetivo o fin que a través de ella se pretendía garantizar*¹⁶⁸. Esta posición subraya el carácter meramente instrumental de las formas, puesto que ellas están llamadas a asegurar la consecución de una determinada finalidad¹⁶⁹.

Esta *perspectiva sustancialista de las formas* hace prevalecer el objeto y finalidad de las formas sobre el puro formalismo de su observancia. De consiguiente, según esta posición, violación grave del procedimiento aplicable acaece solamente cuando no se alcanza y satisface el objetivo o finalidad querido por la forma impuesta por el ordenamiento jurídico.

2.2. *Vicio en el procedimiento y amparo*

El amparo es el proceso judicial idóneo para encauzar pretensiones impugnativas de actos administrativos que lesionen las garantías que vertebran el derecho a una tutela administrativa efectiva¹⁷⁰.

El amparo es la vía idónea para impugnar actos o reglamentos que impidan el acceso al procedimiento administrativo¹⁷¹.

Frente a la emisión de actos de gravamen sin la previa intervención del particular afectado, el amparo se erige en el proceso judicial idóneo para anular y remover del mundo jurídico esos actos, hacer cesar definitivamente sus efectos y restablecer el derecho a ser oído *antes* de la emisión del acto de gravamen. (Según la jurisprudencia predominante, en tales supuestos resulta apropiado que el amparista indique las defensas y argumentos se vio impedido de oponer y cómo ellas habrían modificado la decisión adoptada).

El amparo es el proceso judicial idóneo para solicitar la anulación del acto de gravamen emitido sin que el particular interesado hubiese tenido la posibilidad de ofrecer y producir pruebas conducentes. (A tal efecto, resulta adecuado que el amparista señale cómo las pruebas que no tuvo oportunidad de producir habrían modificado el sentido de la decisión que lo agravia).

El acto administrativo emitido con ausencia absoluta de dictamen jurídico, cuando es de observancia obligatoria, constituye una violación grave del debido procedimiento previo que lesiona el derecho de defensa¹⁷². En estos supuestos, el amparo puede ser considerado una vía judicial impugnativa idónea.

168 BELADÍEZ ROJO, *op. cit.*, p. 117.

169 *Ibidem*.

170 Conf. art. 1º bis a, LNPA reformada por Ley 27.742; Fallos: 327:4185 (“Astorga Bracht s/amparo”).

171 Conf. Fallos: 327:4185 (“Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comisión Federal de Radiodifusión s/amparo”).

172 SCBA, 4/9/2002, “Club Estudiantes de la Plata v. Municipalidad de La Plata s/amparo”, ED Serie Especial Derecho Administrativo, 31/12/2002, p. 23. Fallos: 347:180 (Asociación Civil

El amparo es la vía idónea para impugnar actos administrativos emitidos sin fundamentación o sin fundamentación digna en derecho¹⁷³, siempre que se demuestre, sin necesaria mayor sustanciación y prueba, que la antedicha insuficiencia impide al particular ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

El amparo es la vía idónea para restablecer el derecho a la participación no defensiva prevista en los arts. 75 inc. 17, con relación a las comunidades indígenas¹⁷⁴, y 42 de la Constitución Nacional, participación de usuarios y consumidores¹⁷⁵.

2.3. Epílogo

Las reformas introducidas por la Ley 27.742 a la LNPA tuvieron en miras, básicamente, fortalecer el derecho de defensa en sede administrativa y judicial y garantizar el adecuado respeto al derecho de propiedad. Es una reforma compatible con el derecho administrativo del Estado formal y democrático de derecho.

En ese orden, las modificaciones de los arts. 7° inc. *d* y 14, inc. *b*, ap. (*iv*), LNPA, guardan una directa e inicial congruencia con la primera finalidad, favorecer la garantía de defensa en sede administrativa, en función de brindar mejor protección a los derechos que conforman el bloque de constitucionalidad.

PATRICIO M. E. SAMMARTINO

Es Magíster en Derecho Administrativo, con diploma de honor. Profesor de grado y posgrado en Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Austral y la Universidad Católica Argentina, entre otras. Director de la Escuela de Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad. Fue Director de la Maestría en Abogacía del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Universidad del Salvador *c/ IGI s/recurso directo*, de 21 de noviembre de 2024).

173 Fallos: 342:1393 (“Scarpa *s/Amparo*”, 2019); Fallos: 347:468 (“Melgarejo *s/ Amparo*”, de 15 de mayo de 2024 y su cita: Fallos: 344:3573).

174 Fallos: 325:1744 (“Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi *v. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ AMPARO*”, 11/7/2002) y Fallos: 326:325.

175 Fallos: 339:1077 (“Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros *el* Ministerio de Energía y Minería *s/ amparo colectivo*. - CEPIS, de 18-8-2016).

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Amarillo

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

JORGE EDUARDO MORÁN



ROSENKRANTZ - ALONSO REGUEIRA - CANDA - CAPPONI - CICERO
DAMSKY - FIGUEREDO - GUSMAN - GUTIÉRREZ COLANTUONO - HUBEÑAK
LARA CORREA - RAMOS - SCHEIBLER - ABERASTURY - AMOEDO
PITTIER - CONDE - ENRICI - GARCÍA MORITÁN - GARCÍA PULLÉS
ISABELLA - MARRA - MARRA GIMÉNEZ - SAMMARTINO - SANTANGELO
ALVAREZ TAGLIABUE - CARRILLO - MONOD NÚÑEZ - COMADIRA
FOLCO - KODELIA - THEA - MARCHETTI - MARTÍNEZ - OLMOS SONNTAG



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Académicos de la
República Argentina



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

1ª Edición: Febrero de 2025

Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino - Tomo Amarillo / Enrique Alonso Regueira ... [et.al.] 1a. edición - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2025.

685 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-3-0

1. Bases de Datos. I. Alonso Regueira, Enrique.
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina

COMISIÓN ACADÉMICA EDITORIAL

Luisella Abelleyro	Edgardo Tobías Acuña
Santiago Paredes Adra	Federico Martín Amoedo
Andrés Ascárate	Tomás Brandan
Ignacio Bence Pieres	Paula Brunetti
Mario Cámpora	Luis Casarini
María Ceruli	Dominique Ekstrom
Rosario Elbey	Hernán Gerding
Federico Giacoia	Lorena González Rodríguez
Nazareth Azul Imperiale	Ángeles Lausi
Facundo Maciel Bo	Milagros Marra
Lucia Martín	Lucía Flavia Ojeda
Gimena Olmos Sonntag	Lautaro Pittier
Matías Posdeley	Marina Prada
Gerardo Ruggieri	Juan Ignacio Stampalija
Juan Ignacio Sueldo	Maximiliano Werner

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Celeste

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

LEANDRO VERGARA

MAQUEDA - ALONSO REGUEIRA - CIMINELLI - DIANA - FERNÁNDEZ
GELLI - LÓPEZ - MONTI - REJTMAN FARAH - RODRÍGUEZ - SAGGESE
TREACY - WÜST - BUTELER - CASARINI - LÓPEZ CASTIÑEIRA
CERTOMA - GALLEGOS FEDRIANI - HEILAND - MACIEL BO - RUBIO
STUPENENGO - VINCENTI - YLARRI - BARRA - BRANDAN - CORMICK
ERBIN - LOSA - SACRISTÁN - SALVATELLI - STORTONI



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Jóvenes y Jóvenes Excepcionales de la
Facultad de Derecho



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Blanco

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

MARCELO DANIEL DUFFY

LORENZETTI - ALONSO REGUEIRA - AMESTOY - COVIELLO
FREEDMAN - VILLENA - KODELIA - NIELSEN ENEMARK - SCHAFRIK
SEIJAS - SPOTA - BOTO ÁLVAREZ - CASARINI - DURAND - FACIO
GERDING - PERRINO - SALTZER CHAVEZ - ABERASTURY - CILURZO
DUBINSKI - LISTE - MORTIER - OTERO BARBA - PÉREZ
SILVA TAMAYO - THOMAS - TOIA - VEGA - ZICAVO



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
ASOCIACIÓN DE JURISTAS Y LEGALES FISCALIS DE LA
REPÚBLICA ARGENTINA



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL