

CAPÍTULO I

LAS PARTES

SUMARIO

I. <i>Capacidad para ser parte</i>	59 / I-1
1. Capacidad civil y capacidad administrativa	59 / I-1
2. La regla general: Personas físicas o jurídicas, asociaciones, etc...61 / I-3	
3. El caso del menor	62 / I-4
3.1. Menor funcionario público	63 / I-5
3.2. Menor que ejerce “profesión o industria”	64 / I-6
3.3. Menor con título profesional habilitante.....	65 / I-7
3.4. Menor que ingresa a la función pública	65 / I-7
3.5. Menor emancipado por matrimonio	66 / I-8
3.6. Menor como usuario o administrado.....	67 / I-9
3.7. Conclusiones	67 / I-9
4. Menor adolescente	69 / I-11
5. El inmigrante irregular.....	70 / I-12
5.1. La asistencia jurídica y lingüística gratuita al inmigrante irregular	71 / I-13
5.2. Régimen de recursos y acciones	72 / I-14
6. Menores internados.....	72 / I-14
7. Adultos con capacidad limitada	73 / I-15
7.1. El cambio del CCC en el régimen de incapacidad. Supresión de la incapacidad para los sordomudos	73 / I-15
7.2. Enfermedades mentales.....	74 / I-16
7.3. Otros casos de capacidad limitada	75 / I-17
8. Entes estatales con personalidad jurídica	75 / I-17
9. Órganos administrativos sin personalidad jurídica	77 / I-19
9.1. Órganos que defienden atribuciones del ente al que perte- necen.....	78 / I-20

9.2. Órganos que impugnan actos de un superior jerárquico que ha ejercido control de legitimidad sobre ellos	79 / I-21
9.3. Órgano interventor que impugna actos de quien lo designa	79 / I-21
9.4. Otros casos	80 / I-22
10. Funcionarios o empleados públicos.....	81 / I-23
11. Sustitución de partes: Herederos.....	82 / I-24
12. Terceros	83 / I-25
II. <i>Representación y patrocinio de las partes</i>	86 / I-28
13. Representación	86 / I-28
13.1. Admisibilidad	86 / I-28
13.2. Quiénes pueden ser representantes	87 / I-29
13.3. Formas de la representación.....	89 / I-31
13.3.1. Poder notarial.....	89 / I-31
13.3.2. Copia simple de poder, firmada por apoderado o letrado.....	89 / I-31
13.3.3. Otros supuestos de copia simple de poder.....	90 / I-32
13.3.4. Poder <i>apud acta</i>	91 / I-33
13.3.5. Carta-poder autenticada.....	91 / I-33
13.3.6. Carta-poder simple	91 / I-33
13.3.7. Representación necesaria. Casos en que se requiere probarla	92 / I-34
13.3.8. Representación presunta. Gestiones verbales	92 / I-34
13.3.9. Mandato tácito.....	93 / I-35
13.3.10. Gestión de negocios. Casos de urgencia	94 / I-36
13.4. Intervención del representante y representado	94 / I-36
13.5. Extinción	96 / I-38
13.6. Representación unificada y su revocación.....	96 / I-38
13.7. Separación administrativa del mandatario.....	97 / I-39
14. Patrocinio.....	99 / I-41
14.1. No exigibilidad.....	99 / I-41
14.2. Patrocinio no letrado.....	101 / I-43
14.3. El patrocinio letrado como garantía constitucional.....	101 / I-43
14.4. Conveniencia de exigir el patrocinio letrado.....	102 / I-44
14.5. Patrocinio y representación	103 / I-45
14.6. Patrocinio letrado obligatorio y costas	103 / I-45
14.7. Patrocinio letrado en el procedimiento impositivo	104 / I-46
15. Asistencia jurídica.....	105 / I-47

Capítulo I

LAS PARTES¹

I. Capacidad para ser parte

1. Capacidad civil y capacidad administrativa

Todos los sujetos de derecho con capacidad civil pueden ser partes en el procedimiento administrativo,² sean personas físicas o jurídicas: Sociedades comerciales, asociaciones, cooperativas, federaciones, fundaciones, corporaciones, etc.

¹ Ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, 1ª ed. y 2002, 2ª ed.; *Manual de práctica forense administrativa*, Madrid, Civitas, 2001, 6ª ed.; *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, 2ª ed.; BOSCH, JORGE TRISTÁN, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953; BOTASSI, CARLOS, *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988; OBERDA, GASTÓN DARÍO, “Las partes en el procedimiento administrativo,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, cap. XIX, pp. 215/231; MONTI, LAURA, “La representación de las partes en el procedimiento administrativo,” en TAWIL, *op.cit.*, cap. XX, pp. 233/241; ABERASTURY (H.) PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; CANOSA, ARMANDO, *Procedimiento Administrativo: Recursos y Reclamos*, Buenos Aires, Astrea-RAP, 2014, 2ª ed.; 2008; HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley nacional de procedimiento administrativo. Ley 19.549*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1985; t. II, Buenos Aires, Astrea, 1988; COMADIRA, JULIO RODOLFO, MONTI, LAURA (colaboradora), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002; LINARES, JUAN FRANCISCO, *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1974; REVIDATTI, GUSTAVO A. y SASSÓN, JOSÉ, *Procedimiento administrativo en la Provincia de Corrientes. Ley 3460 comentada*, Corrientes, Cicero Ediciones, 1987; BEZZI, OSVALDO M., *Ley de procedimiento administrativo, anotada y comentada*, La Plata, 1971; UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998; BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Principios del procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1990; BACACORZO, GUSTAVO, *Ley de procedimientos administrativos*, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1996, 11ª ed.; QUIRÓS CORONADO, ROBERTO, *Ley general de la administración pública*, San José, 1996, pp. 137 y 148; CÓRDOBA ORTEGA, JORGE, *Ley general de la administración pública*, San José, IJSA, 1998; ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo formal*, Valencia, Venezuela, Vadell, 1998, 3ª ed.

² Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 155 y 2ª ed., p. 157; nuestro Proyecto de Código Administrativo de 1964, art. 269, publicado en *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed., p. 266; reproducido en el libro IV del t. 5.

En cualquier caso, la capacidad administrativa³ es no ya solamente igual⁴ sino mayor que la capacidad civil,⁵ lo que se aprecia en diversas hipótesis referidas a los menores de edad,⁶ aún cuando con las modificaciones que efectúa el nuevo Código Civil y Comercial (CCC) flexibilizan el régimen privado⁷ y otros casos que veremos.⁸

³No vemos necesario distinguir entre “capacidad jurídica procesal (capacidad para ser parte)” y “capacidad de obrar procesalmente (capacidad procesal),” como GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *El procedimiento administrativo español en la doctrina científica*, Madrid, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, 1972, pp. 270-4; ley alemana de procedimiento administrativo de 1976, arts. 11 y 12. La ley alemana reconoce la capacidad para ser parte y para obrar procesalmente a las autoridades u órganos administrativos [arts. 11, inc. 3º) y 12, inc. 4º)], no obstante que ello ocurre así a pesar de su carencia de personalidad jurídica genérica: MEYER, HANS y BORGS-MACIEJEWSKI, HERMANN, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Frankfurt am Main, Metzner, 1976, p. 82; WOLFF, HANS J. y BACHOF, OTTO, *Verwaltungsrecht*, III, Munich, Beck, 1978, 4ª ed., p. 326 y ss. Señala MARTENS, JOACHIM, *Die Praxis des Verwaltungsprozesses*, Munich, C.H. Beck, 1975, p. 39, que la cuestión de la capacidad para ser parte no es “muy transparente,” aunque sí es indubitadamente más amplia en el procedimiento administrativo.

⁴En el clásico reglamento de procedimiento administrativo peruano, p. ej., se reconocía capacidad administrativa a quienes la tienen civil: BACACORZO, *op. cit.*, arts. 4º y 22. Pero con el nuevo régimen se lo sustituyó por el D.L. 25.035: BACACORZO, *El procedimiento administrativo en el Perú*, en AA.VV., *Derecho administrativo. Libro de homenaje al profesor Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 566. Se trata de la solución más tradicional que entre nosotros sigue La Pampa, art. 5º. En cambio la tendencia predominante y a nuestro juicio correcta es reconocer *mayor* capacidad administrativa que civil. La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, año 1978, sigue la solución tradicional en su art. 282, inc. 1º; a la inversa, la Sala Constitucional de ese país ha admitido capacidad para interponer un amparo a un menor impúber. El art. 30, tít. III de la ley de procedimientos administrativos española (ley 30/1992, de 26 de noviembre) establece que “Tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte el ejercicio y defensa de los derechos de que se trate.” También en el derecho español, la capacidad para actuar en el procedimiento administrativo es más amplia que la capacidad civil ordinaria.

⁵En el sentido apuntado, en cuanto a que es *mayor* que la civil, ver también GORDILLO, AGUSTÍN y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, 2ª ed., p. 339, tanto para el orden nacional como para el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Y no podría ser *menor* porque entonces estaría afectando principios de la legislación nacional en materia sustantiva. Ver REVIDATTI, “Las partes...,” *op. cit.*, p. 100. Dicen SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECARBAREN, *op. cit.*, que “puede hablarse de una verdadera capacidad específica de derecho público,” mayor que la civil. En igual sentido la ley alemana de procedimiento administrativo de 1976, art. 12, inc. 1º, ap. 2 *in fine*; MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. cit.*, p. 84, explican algunos casos de capacidad de menores de más de siete años, cuando “pueden actuar con efectos jurídicos en determinados alcances.”

⁶Que analizamos a partir del § 3, “El caso del menor.”

⁷Aprobado por ley 26.994 (B.O. 08-X-14). El CCC forma parte del Anexo I de la citada ley, mientras que se establece el ajuste en la numeración de la legislación complementaria al CCC mediante el Anexo II. La entrada en vigencia del CCC estaba prevista originariamente para el 1-I-16 según lo establecía el art. 7º de la ley 26.994, pero posteriormente y en forma abrupta, mediante el art. 1º de la ley 27.077 (B.O. 19-XII-14), se estableció que la entrada en vigencia se adelantaba para el 1-VIII-15.

⁸A partir del § 7, “Adultos con capacidad limitada.”

Incluso la capacidad para actuar en el procedimiento administrativo puede también nacer del derecho público, en el caso de las personas jurídicas públicas estatales o públicas no estatales.

En el caso de las personas físicas, a todo evento, no interesa su género, nacionalidad ni domicilio, aunque en este último caso puede requerirse la constitución de un domicilio legal al efecto del procedimiento.

No es del todo exacto, entonces, afirmar que la capacidad administrativa se rige por el derecho civil, como hace la legislación española,⁹ ni tampoco es cuestión de razonar al revés, a partir de una supuesta “autonomía” del derecho administrativo respecto al derecho civil.¹⁰ Ello se encuentra reforzado, además, con las tendencias modernas que señalan una mayor interconexión entre el derecho público y el derecho privado, en un proceso de constitucionalización de este último.¹¹ La cuestión es simple: Se trata de ir analizando diversos supuestos concretos a la luz del derecho vigente y ver si de allí resultan o no conclusiones susceptibles de ser expuestas con algún rasgo de generalidad. Cabe destacar que aun cuestionándose a un presentante —que invoca la calidad de parte en el procedimiento administrativo— su aptitud legal a los fines de su pretensión de fondo, debe con todo admitírsele en calidad de parte a los efectos de dirimir la cuestión controvertida respecto a la forma, hasta que ésta se resuelva definitivamente.¹² Su aptitud procesal es condicional.¹³

2. La regla general: Personas físicas o jurídicas, asociaciones, etc.

La regla general es amplia y reconoce aptitud para ser parte a toda persona física o jurídica.¹⁴ En el caso de las asociaciones y de categorías amplias de personas (usuario actual o potencial,¹⁵ afectado actual o potencial; vecino, jubilado, potencial oferente, ciudadano,¹⁶ etc.) la cuestión se vincula también a la legitimación. Ya vimos todo lo referente a estas nuevas categorías constitucionales y a ellas

⁹ Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 155 y 2ª ed., p. 157.

¹⁰ Abuso éste que ya criticamos en teoría general a partir del cap. I, “El método en derecho,” del t. 1 y que desarrollamos en el cap. VIII, “Relaciones del derecho administrativo” del mismo t. 1, § 2, “Relaciones con el derecho privado.”

¹¹ Así lo expresa LORENZETTI, RICARDO L., *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. LXXXIX, quien se desempeñó como Presidente de la Comisión Redactora de la nueva norma.

¹² MARTENS, op. cit., p. 39, parte 2ª, cap. 4, § 3.

¹³ BLOMEYER, citado por MARTENS, op. loc. cit.

¹⁴ Esta solución es obviamente universal; la encontramos p. ej., en nuestro Proyecto de 1964, art. 269; Bolivia, 11 inc. I); Brasil, 9º inc. I); Perú, 52. Ampliar, asimismo, en GORDILLO y DANIELE (dirs.), *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., pp. 334-5.

¹⁵ Ver CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 171-5.

¹⁶ Ver CAPLAN y SCHEIBLER, GUILLERMO M. (coords.), *Manual de Ciudadanía Activa*, Buenos Aires, Asociación Civil Carlos Sánchez Viamonte, 2005.

nos remitimos.¹⁷ Nos referiremos a continuación a algunos casos especiales de aptitud para ser parte en el procedimiento.

3. *El caso del menor*

Antiguamente las normas autorizaban a los llamados menores adultos sólo con limitaciones el carácter de parte en el procedimiento administrativo.¹⁸ Hoy el principio es categórico: “Los menores adultos tendrán *plena* capacidad para intervenir directamente en procedimientos administrativos como parte interesada en la defensa de sus propios derechos subjetivos o intereses legítimos.”¹⁹ No se exige en ningún caso, pues, la autorización paterna o en su defecto la dispensa administrativa que antiguamente se requería. Por supuesto, ello no altera el derecho de fondo y si el menor no está emancipado no puede, por ejemplo, salir del país sin autorización de sus padres: ello es cuestión civil, no administrativa.²⁰ Según el nuevo CCC, se elimina expresamente la categoría de menor adulto, reconociéndose dentro de los menores, es decir, de las personas que no alcanzaron la edad de dieciocho años, a los adolescentes que abarcan la franja de los menores que cumplieron los trece años, en un sistema denominado de capacidad progresiva, no aferrado a categorías rígidas.²¹ Frente a esta modificación, entendemos que, mientras no se modifique la legislación procedimental administrativa nacional, los menores adolescentes podrían ser parte en procedimientos administrativos en defensa de sus derechos o intereses.

Sin embargo, no todas las legislaciones provinciales, aun las posteriores a dicha norma nacional, contienen igual amplio mecanismo de reconocimiento de capacidad al antes llamado menor adulto²² para actuar como parte en el procedimiento administrativo; ello obliga a distinguir algunos supuestos:

¹⁷ *Supra*, t. 2, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva,” cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva,” y cap. IV, “El interés legítimo.”

¹⁸ Explicamos dicho régimen en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1971, 2ª ed., p. 124 y ss.

¹⁹ Art. 3º, segunda parte, del reglamento de procedimiento administrativo, decreto 1759/72 (t.o.) que reglamenta el decreto-ley 19.549/72. Respecto de la terminología que impide llamar “ley” a un decreto-ley de los gobiernos de facto, ver *supra*, t. 1, cap. I, § 5, “Las «Leyes» que no son leyes.” En igual sentido Salta, decreto-ley 5348/78, art. 115. Comp. Entre Ríos, art. 4º, párr. 5º: “Los menores adultos pueden actuar directamente, sin necesidad de autorización del padre o tutor, cuando el trámite administrativo resulta de una relación jurídica que vincula directamente a la administración y al menor.” Para el orden nacional ver HUTCHINSON, *Ley nacional...*, op. cit., p. 41; CANOSA, op. cit., p. 258; ABERASTURY (H.) y CILURZO, op. cit., p. 64 y ss.

²⁰ ABERASTURY (H.) y CILURZO, op. cit., p. 65, nota 24 *in fine*; PTN, *Dictámenes*, 132: 92; 201: 159.

²¹ Cfr. arts. 25 y 26 CCC. Para un análisis de esta cuestión, ver BUERES, ALBERTO J. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado., t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, 1ª ed., p. 81 y ss, donde se señala que esta progresividad se encuentra en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño y con la ley 20.061 de Protección Integral de los Derechos Niños, Niñas y Adolescentes.

²² Cabe recordar que el Código Civil derogado establecía: “Son menores impúberes los que aún no tuvieran la edad de CATORCE (14) años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los

3.1. Menor funcionario público

En el caso de un menor que se desempeñe en una función pública, parece lógico reconocerle —para toda cuestión referente a su ejercicio— el derecho de intervenir por sí, sin autorización paterna, en todo el procedimiento respectivo.²³ Cualquier situación referida a sus derechos y deberes como funcionario público, sean que se planteen en la propia dependencia donde revista o en otra, se rige por la misma regla.

Dicha solución se halla reforzada hoy en día por el art. 683 del CCC, en una regulación bastante similar, aunque no idéntica, a lo dispuesto por el art. 283 del Código derogado (modif. ley 26.579), que dispone: “Se presume que el hijo mayor de dieciséis años, que ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria. En todo caso, debe cumplirse con las disposiciones de este Código y con la normativa especial referida al trabajo infantil. Los derechos y obligaciones que de estos actos nacieren recaen únicamente sobre los bienes cuya administración está a cargo del propio hijo.” Si bien la ley 23.264 ya había suprimido la referencia al empleo público, no parece que pueda interpretársela restrictivamente: Es una solución aplicable al empleo público. Por ello, el peticionar a sus superiores o cuestionar las disposiciones administrativas generales o particulares que lo afecten cae en el ámbito de la norma. El menor puede actuar por sí, sin necesidad de autorización paterna ni de explicación de por qué no la tiene, ya que ella se presume en virtud del art. 683 del CCC.²⁴

DIECIOCHO (18) años cumplidos,” art. 127 del Código derogado según la ley 26.579. Al respecto y por tratarse de legislación sustantiva civil, no existen desde luego normas similares en las leyes administrativas provinciales. Es un problema similar al que plantea la jurisdicción de la CABA respecto al matrimonio de personas del mismo sexo de acuerdo a la legislación nacional civil. Por nuestra parte, pensamos que es un problema a resolver por el legislador: “Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación,” *Suplemento Especial 70 Aniversario, LL*, 2005-F, 1404; traducción y resumen de la versión original completa, “The administrative Law of International Organizations: Checks and Balances in Law Making —The Case of Discrimination,” en *European Public Law Series / Bibliothèque de Droit Public Européen*, vol. LXXXIII, *Internationalisation of Public Law / L'Internationalisation du Droit Public*, Londres, Esperia, 2006, pp. 289-312. Reproducido en *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Public Law*, vol. 18, No. 1, Primavera de 2006, Londres, Esperia, 2006, pp. 289-312. Reproducido en *International Administrative Tribunals and the Rule of Law*, World Bank Administrative Tribunal / American Society of International Law, Joint Colloquium, marzo 27, 2007, Washington, D.C.

²³ Conf. REVIDATTI, *op. cit.*, p. 100; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, *op. cit.*, p. 57; VILLAR y ROMERO, JOSÉ M., *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1944, 1ª ed., p. 46; Rev. Der. Priv., s.d., 2ª ed.; ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, Giuffrè, 1958, p. 60; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 686; Buenos Aires, 1995, 5ª ed., p. 798; comp. BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, La Ley, 1957, p. 156.

²⁴ Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento...*, *op. cit.* p. 159. Entre Ríos, art. 4º, párr. 5º: “Los menores adultos pueden actuar directamente, sin necesidad de autorización del padre o tutor, cuando el trámite administrativo resulta de una relación jurídica que vincula directamente a la administración y al menor.”

Igual solución estimamos aplicable, por extensión, a los menores que están sometidos a cargas públicas personales, tales como el servicio militar obligatorio cuando existía. Si bien la distinción entre “función pública” y “carga pública” se suele establecer en el sentido de que en el primer caso el individuo ingresa voluntariamente a los cuadros de la administración y en el segundo su vínculo es obligatorio o legal, de todos modos en ambas hipótesis se trata de un órgano del Estado, con una doble situación jurídica: En cuanto órgano y en cuanto persona.²⁵ Trátese de una persona ingresada a la administración por su voluntad o por disposición de la ley, la situación nos parece sustancialmente igual en cuanto a la necesaria capacidad de esa persona para todos los actos referentes a su empleo o función, tanto en lo que se refiere al procedimiento administrativo como al derecho sustantivo.

3.2. Menor que ejerce “profesión o industria”

Por lo demás, en otra hipótesis contemplada por el art. 683 del CC, la solución debería en principio ser la misma. En efecto, si se presume que el menor que tiene una profesión o industria (p. ej., un taller) está autorizado “para todos los actos y contratos,” concernientes a ésta, resulta lógico considerar que si un acto administrativo lo afecta en esa profesión o industria (p. ej., una orden de clausura del taller, o una multa por malas instalaciones) y el menor desea impugnarlo en sede administrativa, ese acto de impugnación estará comprendido dentro de “todos los actos” concernientes al ejercicio de su industria y por lo tanto él estará autorizado a efectuarlo sin necesidad de especial y expresa autorización paterna.²⁶ En los tiempos sociales que nos toca crecientemente atravesar, cabe preguntarse si un menor que ejerce una actividad callejera destinada a su sustento, sea o no industria o profesión en sentido estricto, puede también considerarse con capacidad administrativa para cuestionar todo lo que la administración pueda resolver a su respecto, p. ej. ante la justicia contravencional si la administración cuestiona su falta de título habilitante o autorización administrativa. Creemos que la solución afirmativa se impone, máxime que ya existen pronunciamientos señalando que para ejercer actividades de subsistencia, en tanto no estén expresamente prohibidas por la ley local, no se requiere autorización administrativa.²⁷

²⁵ Ver *supra*, t.1, cap. IX, “Las funciones del poder,” § 3, “Distintos criterios para conceptuar la función administrativa. Crítica.”

²⁶ Comp. MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 686; 5ª ed., p. 798.

²⁷ THEA, FEDERICO G., “Subsistir no requiere permiso habilitante,” *LL*, 2008-E, 424. La solución fue luego dejada sin efecto, pero en general existe en el mundo una cierta tolerancia. En el fracasado atentado terrorista de *Times Square* en mayo de 2010, fue un vendedor ambulante el que hizo la oportuna denuncia policial... Creemos que la solución laxa, si bien opinable, está conforme a los criterios con los cuales hoy en día se enfocan ciertos conflictos sociales; p. ej. en la villa 31 de la Capital Federal ya se abandonó el intento de erradicación y se opta por la urbanización, en la medida de lo posible, con inversión pública en lo que son básicamente tierras tomadas.

3.3. Menor con título profesional habilitante

De acuerdo con lo previsto en el art. 30 del CCC,²⁸ “La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ella.” Esta norma consagra, para el menor *profesional*, capacidad legal para el ejercicio de su profesión, separándolo así del menor *industrial*, al cual el art. 683 le *presume* autorización paterna, pero no le confiere legalmente capacidad propia. Sin perjuicio de ello, esta norma podría tener alguna limitación en su aplicación, a raíz de lo dispuesto por el art. 681 del CCC, en cuanto a la prohibición del trabajo de los menores.²⁹ La capacidad legal del menor puede emerger tanto de un título profesional estatal como no estatal.³⁰ En consecuencia, los menores con título profesional habilitante, con las distinciones efectuadas, tienen plena capacidad para el ejercicio de su profesión y pueden por tanto actuar ante la administración a esos efectos sin necesidad de autorización paterna o ministerial. La expresión “título habilitante para el ejercicio de una profesión” tiene una clara connotación en el sentido de título obtenido después de cursos o estudios superiores de cierto nivel terciario; esto significa a nuestro juicio que debe tratarse de una carrera como mínimo de cuatro años, por el momento.

En las demás profesiones para carreras de menor duración, por ello, resultaría nuevamente de aplicación el art. 683, que solamente los *presume* autorizados para el ejercicio de su profesión o industria y admite por ende prueba en contrario. En el caso de los profesionales *stricto sensu*, la habilitación es *legal*.

3.4. Menor que ingresa a la función pública

En el régimen anterior, los llamados menores adultos de más de catorce años tenían capacidad civil para “celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante,”³¹ lo que sin duda comprendía el ingreso a la función pública, pasantías, etc. En consecuencia, entendimos que el individuo de más de catorce años que se presentaba a un concurso para ingresar a la función pública estaba ejerciendo el acto de oferta de contrato de trabajo,³² encontrándose plenamente capacitado para ello. Se seguía de allí que

²⁸ Supuesto antes regido por el art. 128 del Código Civil derogado.

²⁹ Ver el análisis de esta cuestión, en BUERES (dir.), *Código...*, t. 1, *op. cit.*, pp. 85-86 y 448.

³⁰ Están equiparadas tanto las instituciones universitarias como las instituciones de educación superior no universitarias estatales o privadas reconocidas, que cumplen los requisitos establecidos para ello –que no distinguen entre institutos estatales o no estatales. (Ley 24.521, arts. 1º, 24 y 40 a 43.)

³¹ Art. 128 del Código Civil anterior.

³² Se trata, en efecto, de la misma situación jurídica de los oferentes en una licitación pública: *supra*, t. 2, cap. XII, “La licitación pública.”

también tenía capacidad civil para impugnar todos los actos que sean parte del referido concurso.³³

De conformidad con lo previsto en el CCC, entendemos que estas reglas continúan siendo aplicables. Pero como mínimo y por extensión del art. 683 del Código Civil³⁴ si se ha presentado al concurso sin dicha autorización y sin serle ella recabada previamente, podría tenérselo por presuntamente autorizado para seguir interviniendo en el trámite administrativo como parte, sin perjuicio de que la perfección del vínculo requiriera dicha autorización. Ahora bien, lo dispuesto en el mismo art. 683 del CCC, entendemos que sin perjuicio de la mayor interconexión entre el derecho público y el derecho privado que se postula en la nueva normativa,³⁵ no es terminante la solución de entender que el menor de menos de dieciséis años pero mayor de catorce requiere autorización de sus padres para celebrar el contrato de empleo *público*, salvo norma expresa en sentido contrario en los regímenes de ingreso a la función pública y la legislación que prohíbe o limita el trabajo infantil.

3.5. Menor emancipado por matrimonio

Según el art. 27 del CCC, los menores de edad adquieren la emancipación en caso de matrimonio, sin necesidad de formalidad adicional alguna y cualquiera fuese la edad en que se hubieren casado. Esta emancipación es irrevocable.³⁶ Y, salvo algunas limitaciones especiales,³⁷ confiere capacidad plena al menor. Lo habilita enteramente para actuar en el procedimiento administrativo, sin necesidad de autorización de ninguna especie. Si bien es requisito de la emancipación válida

³³ Conf. HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 41; ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 65, nota 24.

³⁴ Según el art. art. 683 del CCC estatuye una presunción en la autorización para trabajar de los menores de dieciséis años; ver su análisis y su comparación con la normativa derogada en BUERES (dir.), *Código...*, t. 1, *op. cit.*, p. 448.

³⁵ Así se expresa RICARDO LORENZETTI sobre la llamada **constitucionalización del derecho privado**: “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: La protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.” (www.nuevocodigocivil.com/aspectos-valorativos-y-principios-preliminares-del-anteproyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/)

³⁶ Art. 133, primera parte del Código derogado: “La emancipación por matrimonio es irrevocable y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, salvo lo dispuesto en los artículos 134 y 135, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad, tengan o no hijos.”

³⁷ Arts. 134 y 135 del Código derogado. Algunas limitaciones existentes anteriormente en el régimen de VÉLEZ SARFIELD, *v.gr.* “para estar en juicio en pleito civil,” habían ya sido suprimidas con la reforma de 1968.

que ella se haya producido con la necesaria autorización, la invalidez del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, salvo respecto del cónyuge de mala fe para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada.³⁸ O sea, incluso en caso de nulidad del matrimonio, los actos del emancipado mantienen su validez. Por lo demás, en el caso del matrimonio aparente, subsistirá la emancipación respecto del cónyuge de buena fe.³⁹

3.6. *Menor como usuario o administrado*

Todo menor que se encuentra como usuario de un servicio público tendrá también, en consecuencia, capacidad administrativa para discutir y defender sus derechos frente al concesionario o licenciataria frente a la administración prestadora del servicio.⁴⁰ Incluso la ley 26.062 establece en su art. 19 que los niños y adolescentes tienen derecho a la libertad, comprendiendo tal derecho el de “expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos.” Ello ya así para el menor impúber, como se explica más abajo,⁴¹ por lo que con mayor razón aun cabe reconocer su capacidad en tales situaciones siendo menor adulto.⁴² Refuerza esta interpretación lo dispuesto en el art. 684 del CCC respecto a la presunción de la conformidad paterna para celebrar contratos de menor cuantía, entre los que podríamos incluir el transporte público.

3.7. *Conclusiones*

Aun en ausencia de normas, los menores anteriormente denominados adultos podían actuar por sí, sin necesidad de autorización paterna. Dado que “La incapacidad de los menores es limitada al derecho privado y no se extiende al derecho

³⁸ Según el anterior art. 132 (según la ley 26.574), ya derogado: “La invalidez del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, salvo respecto del cónyuge de mala fe para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada. Si algo fuese debido al menor con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad.”

³⁹ Cfr. art. 27 del CCC.

⁴⁰ No hace falta, al efecto, recurrir a nociones tales como las de relaciones de “especial sujeción” del particular con la administración, que a demás resultan peligrosas al potenciar las facultades de la administración en desmedro de los derechos individuales. Ver también nuestro art. “Las facultades normativas de los entes reguladores,” *RAP*, 212: 120, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996. Ver, desde ángulos opuestos, PAREJO ALFONSO, LUCIANO, “La categoría de las relaciones especiales de sujeción,” en MUÑOZ, GUILLERMO A. y SALOMONI, JORGE L. (dir.), *Problemática de la Administración contemporánea*, Buenos Aires, Ad-Hoc y Universidad Notarial Argentina, 1997, p. 131 y ss. y SALOMONI, “La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el Derecho público argentino,” ídem, p. 151 y ss.; LASAGABASTER HERRARTE, IÑAKI, *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, Civitas, 1994.

⁴¹ Ver *infra*, § 4, “Menor impúber,” ahora en el nuevo CCC, “Menor adolescente.”

⁴² Entendemos que la misma solución se aplica, *mutatis mutandis*, cuando la legislación administrativa sólo tiene una previsión genérica respecto a la capacidad administrativa.

público,⁴³ no existe fundamento *legal* para crear incapacidades en el procedimiento administrativo y el criterio de interpretación de la capacidad debe entonces ser amplio.⁴⁴ Todo menor, con el alcance dado anteriormente, debe ser considerado con capacidad para intervenir en el procedimiento administrativo. El derecho público a la ciudadanía, en efecto, que permite al individuo interesarse y decidir en los asuntos públicos, comprende a nuestro juicio necesariamente el derecho y la capacidad para intervenir en los asuntos y procedimientos administrativos, que no son sino parte de aquéllos.⁴⁵ Refuerza esta interpretación lo dispuesto, en su parte pertinente, por el art. 26 del CCC, el cual luego de sentar que los derechos de los menores de edad se ejercen por sus representantes legales, si cuentan con la edad y la madurez suficiente pueden ejercer por sí solos los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.

Lo mismo cabe decir del derecho a la participación política que les corresponde a todos los habitantes, sean o no ciudadanos. Es también aplicable analógicamente la regla de los dieciocho años, por la mayor capacidad civil que actualmente confiere el CCC de la materia y lo dicho en la nota al art. 128 del Código derogado. En este aspecto, cabe destacar la ley 26.774 que permite a los menores a partir de los dieciséis años votar, siendo dicho derecho opcional y no obligatorio como lo es para los mayores de edad.

En los ordenamientos particulares para un grupo de individuos entre los cuales hay o puede haber menores, tales como los establecimientos educativos medios y superiores, debe admitirse la capacidad administrativa de tales menores, a todos los efectos propios del régimen de que se trata. (Especialmente en cuanto a la interposición de recursos contra los actos que puedan afectar sus derechos o intereses.)⁴⁶

La misma regla se aplica en lo que algunos autores denominan regímenes “de sujeción especial,”⁴⁷ como los internados en Institutos de Menores. Sólo en los casos restantes, cuando no hay un ordenamiento especial del cual puede re-

⁴³ Nota al art. 128 del Código derogado. Aunque el CCC no tiene notas, entendemos que este principio continúa vigente.

⁴⁴ Comp. PEARSON, MARCELO MARIO, *Del recurso jerárquico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1954, p. 29; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 687; 5ª ed., p. 799.

⁴⁵ Era irracional admitir que una persona tenía el derecho y el deber de decidir los asuntos del país, que sin duda son más trascendentes que los suyos propios, pero no a decidir los exclusivamente suyos. Dado que un menor puede ser funcionario público y decidir *en nombre del Estado*, no puede pretenderse imponerle limitaciones a su actuación *en nombre propio* ante ese Estado.

⁴⁶ En sentido similar PUCHETTI, ANTONIO CORRADO, *Il ricorso gerarchico*, Padua, CEDAM, 1938, pp. 226-227, expresa que la capacidad de actuar está dada por “la existencia de una relación actual y directa entre el individuo y la Administración Pública” (p. 226), lo que hace que el menor sea admitido *ipso jure* al procedimiento, p. 227. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, *op. cit.*, p. 260, admite de antaño la capacidad del menor para utilizar los servicios públicos — y por ende, agregamos nosotros, para cuestionarlos — o percibir los beneficios de la acción de fomento, etc. En sentido análogo su *Manual de procedimiento...*, *op. cit.*, pp. 155-6.

⁴⁷ Ver *supra*, nota 33.

sultar una capacidad *ad-hoc*⁴⁸ y tratándose no ya de un menor adulto sino de un menor impúber, reaparece la excepción de la incapacidad administrativa salvo autorización paterna o dispensa administrativa.

En suma:

a) Tomando las reglas civiles de la capacidad (no de la incapacidad), resulta la plena capacidad administrativa de los menores en los supuestos ya enumerados.⁴⁹

b) Cuando el menor adulto *no* tiene capacidad de acuerdo con la legislación civil, a nuestro entender corresponde, por analogía, aplicar las disposiciones sobre la capacidad para votar y debe reconocérsele de pleno derecho capacidad administrativa en todos los casos, inclusive sin norma expresa que lo disponga en el derecho procedimental local. Lo mismo para tener otro tipo de participación política como habitantes.⁵⁰ (Delegados estudiantiles a los Consejos Universitarios o cualquier otro órgano colegiado de la Universidad o Facultad a que pertenecen, etc.)

c) Existiendo regímenes especiales de derechos y deberes para personas entre las que se encuentran menores, cabe reconocerles una capacidad *ad-hoc*, igualmente sin autorización paterna o administrativa.

4. *Menor adolescente*

Existe en el mundo una tendencia a aumentar la capacidad jurídica de los menores y reducir la edad para adquirir una u otra capacidad civil, tendencia a la que nos estábamos aproximando.⁵¹ El nuevo CCC continúa esta corriente consistente en reconocer mayor capacidad a los menores adolescentes, tal es así lo dispuesto por el art. 26 de dicha norma. En el derecho alemán, en el caso de los niños de siete años cumplidos, no se habla de incapacidad civil, sino de capacidad limitada. Los niños impúberes de más de siete años tienen capacidad para actuar en el plano del derecho privado y del derecho público, dentro de determinados límites.⁵² Así es como se construyen, para el menor antes llamado impúber y ahora adolescente, supuestos similares a los ya analizados: Utilización y contratación de servicios públicos en carácter de usuario (transporte público y privado, teléfonos, correo, ahorro, etc.), regímenes integrales tales como escolaridad, algunos supuestos de relaciones de trabajo cuando ellas pueden ser admisibles, etc. En estos casos ya va siendo regla la admisión de capacidad administrativa para los supuestos

⁴⁸Según la expresión de ANDREOZZI, MANUEL, *La materia contencioso-administrativa*, Tucumán, 1947, p. 153.

⁴⁹*Supra*, § 3.1, “Menor funcionario público,” § 3.2, “Menor que ejerce «profesión o industria»,” § 3.3, “Menor con título profesional habilitante,” § 3.4, “Menor que ingresa a la función pública,” § 3.5, “Menor emancipado por matrimonio.”

⁵⁰Ver *supra*, t. 1, cap. II, “Pasado, presente y futuro del derecho administrativo,” § 4.2.2.3, “La participación administrativa” y sus referencias.

⁵¹Ley 26.579.

⁵²MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. cit.*, p. 84.

derivados de la relación jurídica para la cual se le reconoce, limitadamente, capacidad jurídica civil.⁵³ Por lo demás, el juicio de valor que emerge de la Convención Interamericana de Derechos del Niño es proclive a ese reconocimiento,⁵⁴ y el art. 2º de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes establece que dicha convención es “de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad.”

Creemos que cabe admitir, en el menor adolescente, la capacidad (que obviamente tienen y practican habitualmente) de solicitar el uso de los servicios indicados, u otras prestaciones normales de la administración, o gozar y utilizar los bienes del dominio público. Como ya señalamos, en los tiempos que corren cabe también reconocerles aptitud para realizar labores en la vía pública que hagan a su subsistencia, aunque no se nos escapa que es una materia altamente opinable, en la que además existen normas legales locales e iniciativas tendientes a limitar aún más ciertas actividades en la vía pública, sean por parte de menores o mayores de edad.

En supuestos que excedan la normalidad de la relación administrativa puede ser admisible que mediando autorización paterna, o en su defecto dispensa administrativa cuando las circunstancias del caso lo justifiquen, el menor pueda actuar con el señalado alcance en el procedimiento administrativo.

5. *El inmigrante irregular*⁵⁵

La ley 25.871 de migraciones establece una plena capacidad, limitada sólo por el objeto, a los inmigrantes irregulares, o sea aquellos que no han satisfecho las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia.⁵⁶ Ellos tienen plena capacidad en todos aquellos procedimientos administrativos y judiciales relativos a su situación migratoria, pero también para el “acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria.”⁵⁷ Igualmente son capaces para su admisión como alumnos,⁵⁸ y por ende los demás derechos inherentes a la calidad de tales, en cualquier establecimiento educativo, “público o privado; nacional, provincial o

⁵³ MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. cit.*, p. 84. Comp. GÓMEZ SANCHÍS, DANIEL, “Principios, sujetos y actos del procedimiento administrativo,” en ISMAEL FARRANDO (H.) y PATRICIA R. MARTÍNEZ (Directores), *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pp. 591-630, 608.

⁵⁴ No desoigamos los dictados axiológicos de una convención internacional, como ocurrió en *E., F.E.*, en GORDILLO y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., cap. IV, “Filosofías y técnicas de interpretación,” pp. 1-15.

⁵⁵ Ampliar en nuestro art. “El inmigrante irregular en la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino,” *LL*, 2004-B, 1123-33.

⁵⁶ Art. 5º.

⁵⁷ Art. 8º, 1ª parte.

⁵⁸ Art. 7º.

municipal; primario, secundario, terciario o universitario” (lo cual incluye entonces doctorado, especialización, post-doctorado, etc.) Ello implica que, a diferencia de otros países en los que ciertos derechos del ordenamiento interno se adquieren recién satisfechos los requisitos migratorios, en el nuestro quien no cumplió la admisión regular o excedió el plazo y condición de permanencia (típicamente, el que ingresa con visa de turista por tiempo determinado y no egresa del país ni pide prórroga o permanencia al cumplirse el término otorgado) tiene, no obstante, el ejercicio de los derechos enunciados precedentemente. Puede concedérseles residencia precaria por hasta 180 días corridos, renovables hasta la resolución de la admisión,⁵⁹ con pleno ejercicio de derechos, entre ellos a la reunificación familiar con sus “padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes;”⁶⁰ a la no discriminación en el empleo.⁶¹ Por todo ello, su capacidad para ser parte frente a la administración pública puede decirse que existe con total independencia del trámite que lleve su proceso de admisión o inadmisión definitiva al país. Más aún, la demora en el trámite administrativo no autoriza a que “tengan inconvenientes derivados de tal demora,”⁶² lo cual implica, de hecho, un reconocimiento de capacidad plena para todos los trámites administrativos.

5.1. *La asistencia jurídica y lingüística gratuita al inmigrante irregular*

Además de la ley 25.871, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, requiere que las autoridades del Estado receptor informen sin dilación, a todo detenido extranjero, acerca de los derechos que este instrumento le brinda (art. 36.1.b). Como la notificación atiende a que el inmigrante disponga de una defensa eficaz, ella debe ser oportuna, en el momento procesal adecuado para el objetivo, *v.gr.* en materia penal, debe ser previa al momento de privar de la libertad al inculpado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad.⁶³ El art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que todas las personas (inmigrantes o no, regulares o indocumentados) son iguales ante los tribunales, teniendo el derecho de información, de defensa legal y a ser asistidas gratuitamente por un intérprete, si no comprenden o no hablan el idioma empleado por el tribunal. Así también los derechos mencionados en el art. 8.2 de la CADH, aplicables a todos los procedimientos administrativos.⁶⁴

⁵⁹ Art. 20.

⁶⁰ Art. 10.

⁶¹ Salvo la responsabilidad de sus empleadores, conf. art. 16.

⁶² Art. 26, 2º párr. *in fine*.

⁶³ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, OC-16/99, del 1º de octubre de 1999, párr. 106.

⁶⁴ Los derechos y garantías del párr. 2º del art. 8º son aplicables a todo tipo de procedimiento, sea civil, administrativo, fiscal, y no sólo al penal: Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revorero Marsano c/ Perú)*, 31 de enero de 2001, Serie C: No. 71, párr. 70; *Baena Ricardo y otros (270 trabajadores c/ Panamá)*, 2 de febrero de 2001, Serie C: No. 72, párr. 125; *Ivcher Bronstein c/ Perú*, 6 de febrero de 2001, Serie C: No. 74, párr. 103; *Vélez Loor c/*

5.2. Régimen de recursos y acciones

La Corte IDH ha resuelto que “los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio.”⁶⁵ El principio de la igualdad y no discriminación alcanza a todos los Estados: Pertenece al *jus cogens*, por lo que “esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*, que se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas.”⁶⁶ Las disposiciones de la ley 25.871 relativas al régimen de los actos administrativos en materia migratoria, producen una elogiada evolución desde el punto de vista del debido proceso adjetivo⁶⁷ y claro está que debe generalizarse.⁶⁸ En efecto, si bien el análisis del procedimiento recursivo establecido en la ley demuestra que desde el punto de vista formal es el mismo que el previsto en el decreto 1752/72, reglamentario del decreto-ley 19.549/72, presenta diferencias sustanciales que lo ponen en las antípodas del procedimiento general: a) Todos los recursos administrativos y judiciales tienen efecto suspensivo de los actos dictados por la autoridad migratoria,⁶⁹ y b) la ejecución de los actos requiere la intervención judicial.⁷⁰

6. Menores internados

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha reconocido legitimación y ha dado lugar como recurso de amparo a la presentación de un niño internado en un establecimiento asistencial que escribió al tribunal preguntando —en una hoja de cuaderno— por qué no podía ver a su padre. El tribunal abrió la causa, investigó los hechos y concluyó en que el niño estaba internado sin causa fáctica suficiente, ya que su padre no presentaba inhabilidad alguna para ser privado de la tenencia. Los datos del instituto simplemente eran erróneos o falsos. ¿Hizo bien el tribunal? Por supuesto que sí.⁷¹

Panamá, 23 de noviembre de 2010, Serie C: No. 218, párr. 142; *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*, OC-11/90, Serie A: No. 11, párr. 28.

⁶⁵ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados*, OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, párr. 107.

⁶⁶ *Idem ant.*, párr. 109.

⁶⁷ CARRILLO, SANTIAGO R., “El procedimiento migratorio y su control judicial en la ley 25.871. Adecuación del derecho interno a los estándares internacionales,” *LL*, 2007-B, 465.

⁶⁸ BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., “El procedimiento de determinación de la condición de refugiado en la práctica,” t. 7, cap. XXIII.

⁶⁹ Art. 82.

⁷⁰ Ampliar en CARRILLO, “El procedimiento migratorio...,” *op. loc. cit.*

⁷¹ Ver PIZA ESCALANTE, RODOLFO E. y otros, *La Sala Constitucional. Homenaje en su X Aniversario*, San José, Costa Rica, Universidad Autónoma de Centro América, 1999, esp. ARMIJO SÁNCHEZ, GILBERT, “Tutela de los menores en el ámbito constitucional,” p. 127 y ss.

7. Adultos con capacidad limitada⁷²

7.1. El cambio del CCC en el régimen de incapacidad. Supresión de la incapacidad para los sordomudos

El sistema establecido por el CCC constituye un cambio sustancial en el régimen de capacidad de los adultos con incapacidades mentales, toda vez que consagra un sistema flexible, atendiendo a la restricción fundada en una presunción de la capacidad de todas las personas, aun cuando se encuentren internadas en un establecimiento asistencial, privilegiándose los aspectos sociales, personales y sociales por sobre los patrimoniales.⁷³ Esta tendencia va en el sentido de tornar coherente lo dispuesto en el Código con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y también de la legislación sobre derechos del paciente⁷⁴ y de salud mental.⁷⁵ Del mismo modo, elimina la incapacidad del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito. Con relación al régimen anterior habíamos sostenido que el sordomudo tenía plena capacidad civil en tanto pueda darse a entender por escrito;⁷⁶ si no pudiera darse a entender por escrito puede ser declarado incapaz “para los actos de la vida civil.”⁷⁷ Darse a entender por escrito comprendía cualquier otra manera equivalente de expresión. Incluye por ende todos los procedimientos técnicos existentes: Manuscritos, con máquina de escribir, computadora u ordenador, etc. Por extensión, abarcaba igualmente a los más modernos medios de comunicación: Traductoras electrónicas de bolsillo en las cuales con un pequeño teclado se puede mostrar en el *display* o ventanilla cualquier palabra del lenguaje y en consecuencia también poner de manifiesto por escrito, cualquier comunicación que la persona quiera efectuar. Lo mismo ocurría con las máquinas sintetizadoras de voz a partir de información digital que la persona carga en la máquina. Tratándose de una limitación a su capacidad de comunicación y no a sus aptitudes mentales,⁷⁸ la administración debía admitirle con plena capacidad en tanto exista medio apto para su comunicación.⁷⁹ Por ello, un sordomudo podía dar poder para que otra persona lo represente en sede administrativa y el representante, que no tendrá dificultades de comunicación, actuará en nombre de una persona administrativamente capaz. Sería éste un

⁷² Nuestro código civil habla de “incapacidad” o “inhabilidad,” pero es más correcto el concepto de capacidad limitada del derecho alemán: MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. loc. cit.* Como vemos, el nuevo CCC, en su art. 32, sigue esta correcta tendencia.

⁷³ Cfr. art. 31 del CCC. Ampliar en BUERES (dir.), *Código...*, t. 1, *op. cit.*, p. 86-87.

⁷⁴ Ley 26.529.

⁷⁵ Ley 26.657.

⁷⁶ Código derogado, art. 153, anterior al CCC.

⁷⁷ Código derogado art. 153, anterior al CCC.

⁷⁸ Pues no se cometerá ciertamente el viejo error de suponer que porque no se comunica del mismo modo que las personas que hablan y escuchan, tiene disminuidas sus facultades mentales. Como decía el art. 155 del Código derogado, el sordomudo puede o no tener alguna incapacidad mental, cosa que determinarán los médicos que lo examinen en caso de duda al respecto.

⁷⁹ Coincide con esta apreciación CANOSA, *op. cit.*, p. 258.

caso en que podría distinguirse, a semejanza del derecho alemán, entre capacidad para ser parte y capacidad para obrar como parte en el procedimiento.⁸⁰ El sordomudo puede ser parte, pero si no se puede comunicar no tiene capacidad para actuar él mismo en el procedimiento, sino que debe hacerlo por medio de un mandatario. Otra forma de resolver la misma cuestión es prever la designación de un intérprete, como lo hace la ley húngara.⁸¹

7.2. *Enfermedades mentales*

Conforme al art. 143 del Código Civil originario de Vélez Sarsfield, correspondía distinguir entre *demencia*, como carencia de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (art. 141) y *manía*, que podrá ser total o parcial, art. 143. La reforma de 1968 modificó el art. 141 referente a la demencia, que antes no admitía gradaciones⁸² y sí, a través de la declaración de capacidad limitada que prevía el art. 152 *bis* inc. 2). Se seguía de allí que podía declararse la incapacidad de una persona solamente para algunos aspectos de su vida de relación, pero no necesariamente para todos: Sería el caso de la llamada por el codificador “manía parcial.” En tales casos correspondía estar a los alcances de la sentencia. La incapacidad administrativa no se presume sino que debe surgir del auto declarativo.⁸³ De cualquier modo, en tanto el demente o maniaco no debía estar internado, entraba en las mismas relaciones con la administración que los antes llamados menores impúberes, en particular en lo referente a la utilización de los servicios asistenciales, hospitalarios, de transporte, teléfonos, correos, etc., todo lo cual reafirma su capacidad *limitada*, pero existente,⁸⁴ p. ej. para reclamar ante las autoridades administrativas de contralor de los servicios respectivos. Va también de suyo que si quien se presenta como parte en el procedimiento administrativo no ha sido judicialmente declarado demente, sería absurdo que la administración pretendiera cuestionarle su capacidad administrativa con dicha argumentación, ni siquiera pidiendo ella misma la declaración judicial de demencia.⁸⁵ Puesto que la capacidad se presume, el particular supuestamente

⁸⁰ *Supra*, nota 1 y sus remisiones.

⁸¹ Ampliar *infra*, cap. VI, “Apertura a prueba. Medios de prueba,” § 22.6, “Intérpretes.”

⁸² Este art. decía: “Se declaran dementes los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, *aunque tengan intervalos lúcidos, o la manía sea parcial.*”

⁸³ Comp. CANOSA, *op. cit.*, p. 258.

⁸⁴ La cuestión tiene a veces importancia práctica, cuando los hospitales de enfermos mentales se limitan a la atención de los casos graves, dejando con tratamiento ambulatorio a los que no resultan peligrosos para sí o para terceros. Siendo esto una falencia de la administración a través de su rama hospitalaria, mal puede ella negarle capacidad de actuar administrativamente, que viene de hecho siendo reconocida por la no internación del enfermo mental. Son así muchos los casos en que las políticas sociales del Estado en áreas como salud, educación, vivienda, integración social en general, etc., deben verse acompañadas por una interpretación coherente del procedimiento administrativo mediante el cual se aplican.

⁸⁵ Salida fácil que algunos han querido encontrar en el caso de denunciantes especialmente molestos o persistentes.

enfermo debía ser tenido como parte, en tanto aquella calificación judicial no se produjere. En este aspecto, el CCC también innova sobre todo el sistema anterior, estableciendo, a diferencia del Código derogado que, como principio, las incapacidades deben determinarse sólo respecto de determinados actos y sólo por excepción, la declaración de incapacidad es total. Del mismo modo, el nuevo régimen dispone diversas normas sobre los aspectos procesales de los procesos judiciales correspondientes a este tópico, debiéndose destacar que la sentencia que decreta la incapacidad es provisoria, pudiendo ser revisada, siendo en algunos casos obligatoria dicha revisión.⁸⁶ Desde esta perspectiva, es evidente que para determinar si una persona es capaz de intervenir en un procedimiento, la administración deberá atenerse a lo dispuesto en los alcances que la sentencia judicial establezca sobre dicha cuestión.

7.3. Otros casos de capacidad limitada

En el caso de quienes padecen de embriaguez habitual, son pródigos declarados judicialmente, o se encuentran disminuidos en sus facultades mentales sin llegar a la incapacidad por demencia, el art. 152 *bis* del Código Civil derogado preveía que se les nombre un curador, sin cuya conformidad “no podrán disponer de sus bienes por acto entre vivos.” Con esta excepción tales personas podían realizar “por sí sólo actos de administración,” salvo los que les sean limitados por sentencia judicial. Mientras la sentencia no contenga expresas limitaciones, ha de interpretarse que la persona tiene plena capacidad administrativa, excepto para disponer de sus bienes frente a la administración. No cabe admitir intervención del curador en tanto la persona actúe dentro de los límites de su capacidad,⁸⁷ ni tampoco desconocerle su capacidad administrativa. El CCC si bien establece modificaciones en el régimen de los inhabilitados principalmente con el fin de proteger el patrimonio familiar y la designación de un apoyo en reemplazo de un curador como lo hacía el régimen anterior,⁸⁸ la posibilidad del inhabilitado de ser parte en un procedimiento administrativo, no puede ser conculcada.

8. Entes estatales con personalidad jurídica⁸⁹

Nos parece importante que en el Estado de Derecho se promueva el debate jurídico e institucional en el propio seno de las administraciones públicas. Por ello pensamos que deben apoyarse aquellas soluciones que lo favorezcan, p. ej., que

⁸⁶ Arts. 31 a 47 del CCC y su análisis en BUERES (dir.), *Código...*, t. 1, pp. 86-96.

⁸⁷ MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. loc. cit.*

⁸⁸ Arts. 48 a 50 del CCC. Ver BUERES (dir.), *Código...*, t. 1, *op. cit.*, pp. 96-97.

⁸⁹ Ver y ampliar MAIORANO, JORGE LUIS, “Analogía y conflictos interadministrativos,” *LL*, 1989-D, 324, nota a fallo de la CNFed. CA, Sala III, *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Estado Nacional (Secretaría de Agricultura y Ganadería)*, conf. plenario *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Administración Nac. de Aduanas*, *LL*, 1988-A, 264; CSJN, *Fallos*, 269: 410; 272: 299, *LL*, 133: 219. Admite la controversia judicial CSJN, *Fallos*, 242: 489; 275: 279; 295: 651.

los entes estatales puedan cuestionar actos administrativos.⁹⁰ Sin embargo, nuestra tradicional tendencia a no favorecer el debate también se manifiesta en este punto, si bien con excepciones.⁹¹ Es así como en el orden nacional impera la tesis según la cual cabe excluir la posibilidad, para los órganos estatales, tengan o no personalidad jurídica propia, de interponer recursos contra actos administrativos o reglamentos que afecten sus derechos o intereses. Se les permite en cambio enviar notas con peticiones y problemas al superior que serán así meramente graciabiles; nada impide tampoco las comunicaciones o peticiones horizontales. En tal sentido, el art. 74, 2ª parte, del reglamento nacional establece que “Los organismos administrativos subordinados por relación jerárquica no podrán recurrir los actos del superior; los agentes de la administración podrán hacerlo en defensa de un derecho propio. Los entes autárquicos no podrán recurrir actos administrativos de otros de igual carácter ni de la administración central, sin perjuicio de procurar al respecto un pronunciamiento del ministerio en cuya esfera común actúen o del Poder Ejecutivo nacional, según el caso.”

Si bien la norma referida a la supuesta imposibilidad de recurrir actos administrativos, alude solamente a los órganos de la administración central y entes autárquicos, ella ha tenido una interpretación impropia extensiva: Se ha dicho así que tiene aplicación también para los entes descentralizados en general,⁹² ninguno de los cuales podría entonces, en esa interpretación, interponer recursos administrativos no obstante tener desde luego personalidad jurídica propia. Esta solución no podría aplicarse, en caso alguno, a las autoridades administrativas independientes;⁹³ ni a entidades estatales regidas por el derecho privado.⁹⁴ Esta limitación se fundaba inadecuadamente en “la relación jerárquica entre la Ad-

⁹⁰ PUCHETTI, *Il ricorso gerarchico*, op. cit., p. 228; Costa Rica, art. 43 inc. 1º. GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. 198 y ss., expresa que el integrante del cuerpo colegiado puede atacar el acto ilegal, en cuanto individuo; podría admitirse que no como administrado sino como funcionario, tiene interés legítimo en la invalidación del acto. Formula la impugnación no como órgano del Estado ni como particular, sino como agente del Estado. En Perú se admite la calidad de parte aduciendo “el interés de la comunidad,” a las “entidades de derecho público interno,” incluyendo estatales y no estatales: BACACORZO, op. cit., comentario al art. 7º. La solución señalada en el texto es la que propiciamos desde 1964 en el art. 269 del Proyecto de Código Administrativo, en *Introducción al derecho administrativo*, op. cit. p. 266.

⁹¹ Ver ABERASTURY, PEDRO, “La legitimación del tercero en el procedimiento administrativo,” en Universidad Austral, *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, pp. 161-72, esp. pp. 170 y 171.

⁹² HUTCHINSON, *Ley...*, op. cit., t. II, p. 324; CANOSA, op. cit. pp. 265-266.; PTN, *Dictámenes*, 220: 143; 216: 1 y 51; 210: 156; 201: 184; entre muchos otros.

⁹³ *Supra*, t. 1, cap. XII, “Los órganos del estado,” § 14, “Autoridades administrativas independientes.”

⁹⁴ Sin embargo esta norma ha sido considerada aplicable a sociedades anónimas cuyas acciones se encontraban en poder del Estado y a obras sociales “constituidas como entes autárquicos:” *Dictámenes*, 210 2ª Parte: 155; 166: 39; 159: 150; 168: 369; 199: 97; 207 1ª Parte: 222, entre otros. CSJN, *Elma*, ED, 74: 245, año 1977; BARRA, RODOLFO C., “Conflictos interadministrativos, competencia del Poder Judicial y naturaleza jurídica de las sociedades estatales,” ED, 79: 324. Por lo expuesto no nos parece una solución recomendable.

ministración Central y un ente autárquico⁹⁵ o, más propiamente, en la común finalidad que tienen los órganos estatales, tengan o no personalidad jurídica propia, que excluye el planteo de recursos entre ellos y la necesidad de preservar la unidad de acción administrativa.⁹⁶ Pero ello tampoco parece una fundamentación suficiente para excluir el debate y la sana crítica en los órganos del Estado; el decreto establece así una solución que excede, inconstitucionalmente, lo prescripto en el decreto-ley 19.983/72. Éste rige las controversias de carácter patrimonial que se produzcan entre entes estatales o entre estos y la administración central, sustrayéndolas de la competencia judicial y sometiénolas a resolución definitiva, según su monto, de la Procuración del Tesoro de la Nación o del Poder Ejecutivo nacional previo dictamen de aquélla. Pero si el decreto-ley pudo excluir válidamente los reclamos pecuniarios de estos entes, no puede un simple decreto violar la regla de autonomía y cercenar al ente estatal el derecho a cuestionar actos ilegales. Al no aplicarse la excepción, reencuentra su vigor la norma general.⁹⁷ Existen normas especiales que han admitido la facultad recursiva de entes estatales, como sucede con la que asiste a las Empresas del Estado respecto de actos de “observación” (vetos) que el síndico destacado por el Poder Ejecutivo en ella haya efectuado a sus actos. En este caso, de acuerdo con el decreto reglamentario, el recurso puede interponerlo “el directorio o la autoridad equivalente de la empresa” (art. 6°), siendo evidente que lo hace en representación de la propia empresa, o sea, quien recurre es la empresa del Estado misma.

Las normas de procedimiento suelen reconocer el carácter de parte interesada a “cualquier persona física o jurídica, pública o privada,” lo cual incluye explícitamente a todos los entes estatales dotados de personalidad jurídica y con mayor razón a los entes públicos no estatales. Estos últimos, desde luego, no están sometidos al régimen del decreto-ley 19.983/72.⁹⁸

9. Órganos administrativos sin personalidad jurídica

Cabe analizar si los órganos de una entidad administrativa (sea ésta la administración central o un ente descentralizado) pueden interponer, en cuanto meros órganos, recursos administrativos contra actos del superior jerárquico, o de otras autoridades del ente a que pertenecen.⁹⁹ Así como hay conflictos interadministra-

⁹⁵ PTN, *Dictámenes*, 127: 5. Por cierto, no hay relación jerárquica. Ampliar *supra*, t. 1, cap. XII, § 12, “La jerarquía.”

⁹⁶ CANOSA, *op. cit.*, p. 265.

⁹⁷ En Corrientes, art. 243, el principio general es “cualquier persona física, pública o privada” y como aclaran REVIDATTI y SASSÓN, *op. cit.*, p. 249, “estatal,” tiene capacidad para ser parte; salvo, por excepción, la “reclamación pecuniaria,” art. 281; REVIDATTI y SASSÓN, *op. cit.*, p. 277.

⁹⁸ En igual sentido ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 76, aunque nos atribuyen la opinión contraria en la nota 68. Más allá de una eventual imprecisión en la p. 1-20 de la anterior edición, nuestra opinión ha sido siempre la expuesta en el texto. No existe pues divergencia en el punto.

⁹⁹ Lo niega PUCHETTI, *op. cit.*, pp. 228-9, fundándose en la falta de personalidad jurídica y en un criterio de organización administrativa. También GÓMEZ SANCHIS, *op. cit.*, p. 604, niega carácter de

tivos e interorgánicos, en tal situación nada impide que otros órganos del mismo ente se opongan al progreso del recurso, defendiendo la legitimidad del acto impugnado. La legislación administrativa argentina provincial omite pronunciarse en forma expresa al respecto;¹⁰⁰ la reglamentación nacional toma partido por la negativa,¹⁰¹ pero se trata de una situación disvaliosa. Esa regla tiene excepciones derivadas de otras normas, como el Defensor del Pueblo de la Nación,¹⁰² dentro de los límites del art. 21, párr. 3º, de la ley 24.284, o el Defensor de la Ciudad en su ámbito. La legislación extranjera a veces lo admite con carácter general.¹⁰³

9.1. *Órganos que defienden atribuciones del ente al que pertenecen*

Hemos visto¹⁰⁴ que en base a los derechos constitucionales de incidencia colectiva, tienen legitimación judicial para impugnar la acción u omisión administrativa, el usuario actual o potencial de los servicios, el vecino actual o potencialmente afectado, el jubilado, el ciudadano argentino, etc. Esa amplia categoría incluye por supuesto al funcionario o agente público, sea en su calidad de tal, o como ciudadano afectado, vecino, etc. No vemos ninguna razón de orden teórico o práctico que permita fundar en el derecho actual la negativa a reconocer igual legitimación a los órganos administrativos, aun carentes de personalidad jurídica. Sea ello así o no, menos razón puede haber para negarles legitimación en el procedimiento administrativo, en el cual incluso no existe condena en costas. Entendemos pues que los órganos administrativos de una entidad determinada, aunque no revistan el carácter de representantes legales de ésta, pueden no obstante interponer recursos administrativos ante la administración central contra los actos que afecten al ente al que pertenecen. P. ej., los miembros de los cuerpos colegiados pueden atacar administrativamente actos que estimen atentatorios a sus prerrogativas,¹⁰⁵ las autoridades de un ente intervenido pueden cuestionar

parte a la autoridad pues ello implicaría reconocerle igualdad procedimental. En el derecho francés se lo admite, e incluso un ministro puede recurrir el acto de otro: DE LAUBADÈRE, ANDRÉ; VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, *Traité de droit administratif*, t.I, *Droit administratif général*, París, L.G.D.J., 1999, 15ª ed., § 692, p. 562.

¹⁰⁰ Chaco, art. 12, admite el carácter de parte a “cualquier persona física o entidad pública o privada, *con personería jurídica o no*” (obviamente debió haber dicho “personalidad” y no “personería.”) En contra, La Pampa, art. 85 del reglamento, que transcribe el art. 74 nacional.

¹⁰¹ Reglamento nacional, art. 74; Ciudad de Buenos Aires, art. 92; REVIDATTI, “Las partes...,” *op. cit.*, pp. 100-1.

¹⁰² Lo desarrollan ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, pp. 78-9, quienes también recuerdan la injustificada restricción que la jurisprudencia le ha impuesto para actuar judicialmente.

¹⁰³ Ley alemana, art. 11 inc. 3º y art. 12 inc. 4º. Comparar WOLFF y BACHOF, *op. cit.*, pp. 326-7. En Costa Rica un miembro del órgano colegiado puede interponer recurso de revisión contra un acto del órgano (art. 55, inc. 1º), incluso si éste es el Consejo de Gobierno: art. 43, inc. 1º. Ver QUIRÓS CORONADO, *op. cit.*, pp. 137-48; CÓRDOBA ORTEGA, *op. loc. cit.*

¹⁰⁴ *Supra*, t. 2, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva,” III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva,” y IV, “El interés legítimo.”

¹⁰⁵ Conf. GABOLDE, CHRISTIAN, *Traité pratique de la procédure administrative contentieuse*, París, Dalloz, 1960, p. 148; DEBBASCH, CHARLES, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*,

el acto de intervención, etc. Se ha reconocido también la legitimación judicial de los legisladores para cuestionar decisiones del cuerpo que les impidan ejercer sus funciones.¹⁰⁶ En estos casos, aunque el órgano o el funcionario no ejerza una representación del ente, puede de hecho considerarse que actúa por derecho propio y admitirse entonces, para el procedimiento administrativo, la posibilidad de que sea parte en la controversia.

9.2. *Órganos que impugnan actos de un superior jerárquico que ha ejercido control de legitimidad sobre ellos*

Si un superior jerárquico tiene por atribución específica revisar la legitimidad de los actos del inferior y esa atribución es suscitada por un particular mediante la interposición de un recurso administrativo contra un acto del inferior, parece lógico considerar que una vez decidido el recurso por el superior, el inferior carece de facultades para impugnarlo a su vez ante un nuevo superior jerárquico.¹⁰⁷ El fundamento de esta solución no es en rigor la imposibilidad de trabar relaciones o recursos administrativos entre órganos internos de un mismo ente. Ocurre que es simplemente irrazonable admitir que un procedimiento formal de revisión por vía de recurso jerárquico que pueda ser impugnado por el propio órgano cuyo acto fue objeto de revisión. Cabe interpretar pues que cuando existe una vía formal de revisión y ésta ha sido ejercida por medio de recurso, el orden jurídico no autoriza la impugnación de la revisión a instancias del órgano autor del acto originariamente atacado.

9.3. *Órgano interventor que impugna actos de quien lo designa*

En este supuesto¹⁰⁸ podría interpretarse que si el órgano interventor actúa en representación de terceros bajo su órbita —por ej., su personal contratado— debería poder plantear los recursos administrativos del caso. De lo contrario, dada la interpretación jurisprudencial que no detecta un caso o controversia cuando el interventor se alza contra el Poder Ejecutivo en razón de un decreto dictado por éste, se operaría una denegación de justicia judicial y administrativa.

t. 2, Aix-en-Provence, 1960, p. 287: La solución francesa admite el recurso también cuando el acto que afecta al cuerpo colegiado proviene de la misma administración a la que el cuerpo pertenece, solución que compartimos por las razones que a continuación se exponen en el texto.

¹⁰⁶ CNFed. CA, Sala III, 29-IV-10, *Pichetto Miguel A. y otro c. EN - PLN - Senado s/ medida cautelar*.

¹⁰⁷ Conf. ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, Giuffrè, 1958, pp. 62-3 nota; desde luego, si el inferior resulta lesionado en sus derechos o intereses como agente del Estado por el acto del superior, puede recurrirlo: pero en tal caso a título personal y no como órgano del Estado; DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, 15ª ed., § 691, pp. 560-2; PEARSON, *op. cit.*, pp. 47-8; reglamento nacional, art. 74; Ciudad de Buenos Aires, art. 92.

¹⁰⁸ Ampliar en NIELSEN, FEDERICO, “Los conflictos interadministrativos en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” en *RDA*, Buenos Aires, vol. 2005, pp. 646-56, anotando el caso *Inadi c/ EN-Mrio. del Interior*, pp. 641-6.

9.4. *Otros casos*

En el resto de los casos podría pensarse que dado que un órgano administrativo carece de personalidad jurídica, mal puede ejercer un derecho. Se sostiene que sería inadmisibles la existencia, dentro de un mismo sujeto, de voluntades contrapuestas, como supone la interposición de un recurso por un órgano administrativo contra el acto de otro. Ambos argumentos son insuficientes. El primero, porque si bien es cierto que cada órgano carece por sí de personalidad jurídica,¹⁰⁹ ello es en referencia a otros sujetos de derecho, pero no quita que pueda reconocérsele personalidad para sus relaciones con los demás órganos del mismo ente. En este sentido, la CSJN reconoció a la Facultad de Ciencias Médicas de la UNLP que se encontraba legitimada, por los arts. 50 de la Ley de Educación Superior y 76, inc. 19, del Estatuto universitario para cuestionar los actos dictados por el Consejo Superior de la Universidad. Si la ley 24.521 le asignó al órgano facultad una competencia específica para regular el régimen de admisión y regularidad de sus estudiantes en aquellas universidades nacionales que cuenten con más de cincuenta mil alumnos —en el caso, Universidad Nacional de La Plata—, resulta razonable que también le confirió los medios procesales para defenderla y que, aun cuando esta situación se produzca por la actuación de un órgano superior, pueda acceder a la vía judicial para que los jueces resuelvan el conflicto. Parte de la doctrina reconoce que las relaciones entre órganos, si bien no son “jurídicas” respecto al ordenamiento del Estado, sí lo son dentro del ordenamiento interno a que pertenecen los órganos.¹¹⁰ En lo que hace al segundo argumento, puede recordarse que “En ejercicio de sus atribuciones, los diversos órganos establecen entre sí vínculos de diverso contenido, que pueden ser de cooperación y aun de colisión. El ente, en cuanto ejercita una función, se puede contraponer a sí mismo en cuanto ejercita una función distinta: puede hallarse en contraste consigo mismo

¹⁰⁹ Para ciertos supuestos de órganos carentes de personalidad jurídica se ha admitido su capacidad de estar en juicio. Ver CNFed. CA, Sala III, *E.N. - M° Público de la Nación c/ E.N. (Resol. 121/03 del Consejo de la Magistratura) y otro s/ amparo ley 16.986*, del 27-II-04; BARRA, RODOLFO C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, t. 2, p. 275. Las Universidades estatales, desde luego, tienen plena capacidad para estar en juicio, sobre todo desde la última reforma de 1994 que les reconoce autonomía. Ver CSJN, *Poder Ejecutivo Nacional c/ Universidad de Buenos Aires (Resol. 2314/95)*, Fallos: 319: 562, año 1996. Ver GROISMAN, ENRIQUE I., “Las Universidades Nacionales en la jurisprudencia de la Corte Suprema,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *Suplemento Extraordinario La Ley*, 75° aniversario, Buenos Aires, 2010, pp. 262-268.

¹¹⁰ Conf. SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 183 y sus referencias; MARIENHOFF, “Actividad interorgánica. Relaciones interadministrativas,” *JA*, 1962-III, 77; SILVESTRI, ENZO, *L'attività interna della pubblica Amministrazione*, Milán, 1950, pp. 15-23; SANDULLI, ALDO, *Il procedimento amministrativo*, Milán, 1959, pp. 107-9. CSJN, 331: 2257, con nota de GONZÁLEZ NAVARRO, AUGUSTO, *LL* 2008-F, 477; con nota de CORONEL, GERMÁN A., *LL* 2009-B, 420. Resultan interesantes los fundamentos en contrario dados por los votos en disidencia, respecto de la relación entre las distintas unidades académicas y el órgano máximo de la universidad. Ver también CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Las relaciones interadministrativas,” *ED*, 36: 927, reproducido en *Cuestiones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pp. 23-33.

por el ejercicio de actividades diversas.”¹¹¹ “En esa forma, los actos de voluntad de cada uno de los órganos, cualquiera sea su contenido no pueden dejársele de imputar al ente al que pertenecen.”¹¹² Por ello, si bien en la actualidad todavía no se reconoce a un órgano, como regla general, la posibilidad de accionar o recurrir *judicialmente* contra el ente al que pertenece, cabe puntualizar que ello no le quita legitimación para obrar por derecho propio en el caso que el órgano colegiado, p. ej., no le permita el ejercicio de sus funciones. Se sigue de ello, a mayor abundamiento, que con mayor razón cabe admitir la posibilidad, dentro del procedimiento administrativo, de que el simple órgano pueda ser tenido como parte, además de su derecho a actuar por derecho propio en defensa de sus atribuciones. La solución que mencionamos tiene antecedentes en el derecho argentino.¹¹³ La conclusión se refuerza aplicando los principios orientadores de los incs. a) y c) del art. 2° de la ley de ética pública 25.188. Otras hipótesis en que puede ser de aplicación el criterio indicado serían: a) que un interventor designado en una repartición centralizada adoptara decisiones respecto a la oficina y que los órganos afectados recurran de esas medidas en vía jerárquica; b) que un órgano se arrogue competencia que pertenece a otro y éste impugne ese avasallamiento de su competencia, ante un superior jerárquico común; c) que un superior jerárquico carente de facultades para revisar de oficio los actos de algún inferior, pueda sin embargo impugnar sus actos ante el órgano administrativo competente en las escalas jerárquicas superiores.

10. Funcionarios o empleados públicos

En todos los casos reseñados nos hemos referido a la hipótesis de que el órgano en cuanto tal defiende o controvierta, al sólo efecto administrativo y en su carácter de órgano público, la legitimidad del acto de que se trate. Pero puede suceder, también, que el funcionario respectivo que desempeña el órgano,¹¹⁴ se considere

¹¹¹ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 78, SILVESTRI, *op. cit.*, pp. 17-8.

¹¹² MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 79; SILVESTRI, *op. cit.*, p. 18. Cabe recordar en igual sentido, en el ámbito judicial, la hipótesis que recordamos en “El órgano institución y no la persona Estado como parte demandada en el amparo por mora,” reproducido en nuestro opúsculo *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 74, p. 163.

¹¹³ Así ocurría con la D.G.I. respecto a la facultad de recurrir ante la Cámara Federal contra las decisiones del Tribunal Fiscal, cuando ambos eran organismos administrativos sin personalidad jurídica propia. La ley 23.495 otorgó autarquía a la D.G.I. en 1987 al modificar el entonces art. 53 de la ley 11.683, t.o. El decreto 618/97 instituye a la A.F.I.P. como entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y el Tribunal Fiscal de la Nación goza de autarquía en el orden administrativo y financiero desde 1993 cuando el decreto —de necesidad y urgencia— 1684 sustituyó el entonces art. 140 (actual art. 154) de la ley de procedimiento fiscal. Ver ley 11.683, t.o., art. 192; GIULIANI FONROUGE, CARLOS M. y NAVARRINE, SUSANA C., *Procedimiento tributario*, Buenos Aires, Depalma, 2001, 8ª ed. por SUSANA CAMILA NAVARRINE, pp. 775-80; IBAÑEZ FROCHAM, MANUEL, *La jurisdicción*, Buenos Aires, Astrea, 1972, p. 187.

¹¹⁴ Nos remitimos al efecto a la distinción explicada *supra*, t. 1, cap. XII, § 1, “Concepto de órgano,” y § 3, “El órgano y el funcionario” y sus remisiones.

afectado en sus derechos o deberes de empleado público, caso en el cual él puede desde luego ser parte en el procedimiento, pero a título personal y no como órgano estatal. En tal caso podrá interponer todos los recursos administrativos que sean del caso y también los judiciales: Él se encuentra afectado como sujeto de derecho y no como órgano.¹¹⁵ También puede actuar a título de ciudadano o habitante común, pues ninguna inhabilidad o prohibición le impone el ordenamiento.¹¹⁶ Más aun, cabe señalarle especialmente deberes y por ende legitimación para cumplirlos, a tenor del citado art. 2° de la ley de ética pública 25.188, incs. a) o c).¹¹⁷

11. *Sustitución de partes: Herederos*

Los herederos pueden continuar el trámite de la petición del causante. Ello se ilustra en el siguiente dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación: “Durante el trámite del recurso jerárquico que motiva las actuaciones, falleció el interesado Doctor [...] y en tal situación, su esposa Doña [...] y su hijo Don [...] presentáronse ante V.E., a fs. [...] invocando el carácter de herederos de su esposo y padre respectivamente, que acreditan a fs. [...] con el testimonio judicial de la declaratoria expedido en el juicio sucesorio del doctor [...] y toman intervención en este recurso como sucesores de aquél.” “Atento pues, el citado testimonio judicial y lo prescripto por los artículos 3279, 3417 y concordantes del Código Civil, la esposa e hijo nombrados tienen derecho a intervenir en estas actuaciones, por lo que en la primera providencia de V.E. deberá disponerse tenerlos por parte en el carácter que invocan y entenderse con ellos en el ulterior trámite del recurso.”¹¹⁸ A pesar de lo expuesto, en algunos casos en que el acervo hereditario era mínimo, por excepción se reconoció carácter de parte y efectuó pagos al heredero, aun sin declaratoria judicial.¹¹⁹ Parece una solución empíricamente razonable en situaciones de hecho como las invocadas.

Hasta tanto se produzca la sustitución, algunas legislaciones prevén la suspensión del procedimiento si ello es necesario.¹²⁰

¹¹⁵ Reglamento nacional, art. 74; Ciudad de Buenos Aires, art. 92; PEARSON, *op. cit.*, pp. 47-8.

¹¹⁶ Ley 25.164, art. 24.

¹¹⁷ Sin olvidar, desde luego, lo establecido al mismo efecto en los tratados internacionales vigentes: la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, ley 25.319, la Convención Interamericana contra la Corrupción, ley 24.759 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ley 26.097; ver CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, *La ética pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000; *supra*, t. 1, cap. XIII, “Agentes públicos;” ver nuestro art. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091.

¹¹⁸ PTN, *Dictámenes*, 51: 19.

¹¹⁹ Decr. 6773/67, *B.O.* 26-X-67, p. 5.

¹²⁰ Tucumán dispone en su art. 10 la suspensión del procedimiento en caso de fallecimiento o incapacidad sobreviviente del presentante, “cuando su intervención fuera necesaria para la regular prosecución del mismo;” Buenos Aires prevé la suspensión en igual caso, art. 12.

12. *Terceros*

En el procedimiento administrativo la noción de tercero es sumamente amplia y se refiere a una situación dinámica, de personas actual o potencialmente afectadas por las actuaciones administrativas que aún no han sido llamadas a tomar participación en ellas, o no la han pedido todavía.¹²¹ El tercero, en este sentido, deja de serlo una vez que se presenta en las actuaciones, sea como coadyuvante o cointeresado de la pretensión del individuo ya interviniente, sea como concontrainteresado. Una vez incorporado al procedimiento, adquiere plenamente el carácter de parte a todos sus efectos, perdiendo en consecuencia el carácter transitorio de tercero que antes tenía.¹²²

Son terceros en el procedimiento administrativo “los sujetos que aparezcan como titulares de una situación jurídica actual o eventual afectada (jurídicamente) por el contenido de otra distinta,”¹²³ aunque puede también tratarse de la misma relación jurídica que afecta de diversa o igual manera a más personas que las involucradas. Por eso la definición de tercero como persona “ajena a una relación o a una controversia suscitada entre partes,”¹²⁴ no es suficiente en el procedimiento administrativo. En él se debaten tanto derechos subjetivos¹²⁵ e intereses legítimos¹²⁶ como derechos de incidencia colectiva,¹²⁷ todos confieren carácter de parte interesada. Así, una relación que suponga derechos subjetivos de un particular y la administración, p. ej. la ejecución de un contrato de obra pública, afecta intereses legítimos o derechos de incidencia colectiva de los destinatarios de la obra y del público en general en cuanto afecta, actual o potencialmente, el medio ambiente urbano. Estos serían terceros en un procedimiento civil en cuanto extraños a la relación jurídica subjetiva, aunque ya vimos la tendencia extensiva de la legitimación. En el procedimiento administrativo pueden estar alcanzados por una relación jurídica objetiva, en la cual son *partes* titulares de

¹²¹ Conf. ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 67. El primer precedente de lo expuesto proviene de nuestro Proyecto de 1966, art. 272; en sentido similar, desde 1972, el art. 3° del reglamento nacional.

¹²² En igual sentido GÓMEZ SANCHÍS, *op. cit.*, p. 611; ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 67; CANOSA, *op. cit.*, pp. 258-260 y ss.; ABERASTURY, “La legitimación del tercero...” *op. cit.*, pp. 161-72, esp. p. 165; SACRISTÁN, ESTELA B., “El reglamento general de audiencias públicas para el Poder Ejecutivo Nacional,” en AA.VV., *Cuestiones de Procedimiento Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 229-64, esp. p. 254, nota 100.

¹²³ MOSTAFÁ PAOLINI, HADEL JOSÉ, *Interesados y terceros en el ámbito administrativo*, Caracas, EJV, 1973, p. 83: “lo cual hace surgir en ellos la cualidad suficiente para oponerse a su efectiva vigencia en cuanto relación decidida, o los inviste con derecho a ser oídos o a intervenir en los procesos en los cuales mantengan vínculos de dependencia con el objeto de los mismos.”

¹²⁴ PODETTI, RAMIRO, *Derecho procesal civil, comercial y laboral. Tratado de las tercerías*, Buenos Aires, 1949, p. 32 y ss.

¹²⁵ Ver *supra*, t. 2, cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

¹²⁶ Ver *supra*, t. 2, cap. IV, “El interés legítimo.”

¹²⁷ Ver *supra*, t. 2, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva.”

tales derechos. En concesiones o licencias, la calidad actual o potencial¹²⁸ de usuarios les da legitimación tanto judicial como administrativa: El carácter expansivo de la noción de parte en el procedimiento administrativo llega también al proceso judicial. El concepto de tercero en el procedimiento administrativo se diluye en el concepto de parte interesada que todavía no participa como tal.¹²⁹ En el proceso civil o comercial, en que las partes discuten derechos subjetivos, es lógico que merezca cuidadoso análisis que otra persona ajena a esa relación jurídica pueda también tener derecho a participar en la controversia.¹³⁰ En el procedimiento administrativo en cambio, que confiere carácter de parte procesal tanto al titular de derechos subjetivos como intereses legítimos o derechos de incidencia colectiva, toda relación entre un particular y la administración tiene siempre algún posible alcance sobre cuanto menos intereses legítimos o derechos de incidencia colectiva de otros sujetos de derecho ajenos aparentemente a la cuestión debatida. Esa afectación de intereses legítimos de otras personas transforma a éstas ya no en terceros sino en partes, con todo el alcance procesal que ello supone.

La cuestión de si han o no de participar no es materia de decisión discrecional de la administración,¹³¹ sino que ella está obligada a admitirla. “El principio de contradicción, que es uno de los principios «formativos» del proceso así lo impone, tanto en el orden judicial como el administrativo. No requiere especial fundamentación este aserto, pues no hace sino traducir un principio de vigencia universal [...] En nuestro sistema la aplicación del mismo principio no ha podido ser menos que reconocida [...] pues lo contrario implicaría hollar las garantías constitucionales de la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos y de la igualdad ante la ley (arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional.) Debe, pues, en los casos en que existan terceros interesados, darse también vista a los mismos

¹²⁸ En España se distingue entre interés directo e indirecto: GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 152 y 2ª ed., p. 154; distinción que no consideramos aplicable en el derecho argentino. Ver también NIETO, ALEJANDRO, “La discutible supervivencia del interés directo,” *REDA*, 12, Madrid, Civitas; JIMÉNEZ MEZA, MANRIQUE, *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*, San José, LIL, 1998, 2ª ed.

¹²⁹ MASTROPASQUA, citado por MOSTAFÁ PAOLINI, op. cit., pp. 64-8, concluye que son terceros en el procedimiento administrativo “todos los sujetos que pueden tener un interés jurídico, o lo que es lo mismo, que pueden llegar a asumir la cualidad de titulares de un interés jurídico frente al negocio en cuestión;” “todos aquellos sujetos a los cuales el acto no se dirige; pero que sin embargo, pueden estar respecto de él interesados, pueden hallarse frente a él en una relación jurídica de interés. Sólo cuando nos encontramos en presencia de sujetos que sin ser partes de un negocio jurídico ni destinatarios de sus efectos se hallen en condiciones de poder actuar o virtualmente asumir un interés jurídico frente al negocio, se podrá hablar de tercero en el sentido más objetivo y jurídico deseable.” Para una completa revisión de los distintos conceptos de terceros en el proceso ordinario y administrativo, ampliar en MOSTAFÁ PAOLINI, op. cit., pp. 1-79; FERRAZ, SÉRGIO, *Assistència litisconsorcial no direito processual civil*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 20 y ss., p. 43 y ss., p. 51 y ss.

¹³⁰ Así, puede verse en MORELLO, AUGUSTO M., “El tercero en el proceso ¿es un supuesto excepcional y de interpretación estricta?,” *LL*, 2005-D, 728-30.

¹³¹ PTN, *Dictámenes*, 57: 264; en el mismo sentido, 172: 220; 210: 57; uniforme.

en el trámite de los recursos jerárquicos. Y si esto no se ha hecho, a *fortiori*, debe reconocerse a dichos terceros el derecho a impugnar las decisiones dictadas sin su intervención.”¹³² Los derechos que corresponden al tercero en su intervención en el procedimiento seguido por otro particular, son en un todo los mismos que los del interesado original.¹³³ El tercero asume el carácter de parte, con la única limitación de que su intervención no retrotrae el procedimiento,¹³⁴ a menos que la autoridad administrativa lo disponga.¹³⁵ La citación de los terceros concontrainteresados es una *obligación* de la administración¹³⁶ para mantener la igualdad en el procedimiento, independientemente de cuánta complicación cause en el expediente; también es un deber de buena fe¹³⁷ y lealtad procesal del interesado, que a nuestro juicio debe, bajo pena de nulidad, denunciar el concontrainteresado para que la administración lo cite y en ausencia de ello notificarlo él mismo en forma privada, p. ej. por carta documento, copia de la cual deberá agregar al expediente. Por aplicación del principio de contradicción,¹³⁸ es un *derecho* del tercero potencialmente afectado, quien de otro modo vería en situación de indefensión.¹³⁹ Es

¹³² PTN, *Dictámenes*, 57: 264. Es solución hoy en día pacífica. En sentido similar LOPES MEIRELLES, HELY, *Direito administrativo brasileiro*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1966, 2ª ed., p. 88; ley alemana, art. 13, inc. 2º), MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. cit.*, p. 90; ley uruguaya, art. 10: “Si de la petición resultara que la decisión puede afectar derechos o intereses de otras personas, se les notificará lo actuado, a efecto de que intervengan en el procedimiento reclamando lo que les corresponde;” BACACORZO, *Ley...*, *op. cit.*, comentario al art. 24.

¹³³ VILLAR Y ROMERO, *op. cit.*, p. 50; ley alemana, art. 13, inc. 2º); MARTINS, DANIEL HUGO, “La regulación jurídica del trámite administrativo,” en el libro de PRAT, MARTINS, BRITO, FRUGONE SCHIAVONE y CAJARVILLE PELUFFO, *Procedimiento administrativo*, Montevideo, ACALI, 1977, p. 71. Sin perjuicio de ello, el tercero también “podrá deducir pretensiones propias a condición de que sean acumulables,” como dice la ley de Costa Rica, art. 280, inc. 3º.

¹³⁴ Así lo disponen algunos ordenamientos: Prov. de Buenos Aires, art. 23; Corrientes, 244; Mendoza, 118; Salta, 114; Tucumán, 20.

¹³⁵ Córdoba, art. 24 (t. o. en 1981 por decreto-ley 6658.) En el sentido apuntado, ampliar en GORDILLO y DANIELE (dirs.), *Procedimiento Administrativo...*, *op. cit.*, p. 336.

¹³⁶ Conf. art. 3º del RDLNPA; Corrientes, 244; Uruguay 10; HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 46; ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, pp. 68-9; MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. cit.*, p. 90.

¹³⁷ La buena fe es principio expreso en Brasil, art. 4º; Perú, art. IV, 1.7 y 1.8, art. 42; Uruguay, art. 6º; Venezuela, arts. 9º a 20. Ha sorprendido su omisión en la ley chilena, “ya que es de los [principios] que con más generalidad recogen las leyes hispanoamericanas;” GONZÁLEZ PÉREZ, “Principios del Procedimiento Administrativo en la Legislación Hispano-Americana,” *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, 3/3: 39, § III.3, p. 47 y nota 28 (San José, 2003); “La ley chilena de procedimiento administrativo,” *RAP*, 162: (Madrid, 2004), § IV.1 y nota 25.

¹³⁸ El principio de contradicción se da en el interés de todos, pues la exposición *ab initio* y continua de los argumentos contrapuestos de partes con interés diverso permite a la administración y posteriormente a la justicia apreciar mejor las facetas del problema. Ampliar *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 12, “Principio de contradicción” y 12.1, “Contenido y alcance del principio de contradicción.” Esto tiene también que ver con el concepto de interés público, que por cierto no es el interés de la administración pública: Ampliar en el mismo vol., cap. VI, “Servicios públicos,” § 5.2 a 5.5.

¹³⁹ *Supra*, t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: Debido proceso (garantía de la defensa.)” Ver ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativos* t. I, Madrid, Tecnos, 1979, 6ª ed., p. 291, nota 9: “La falta de audiencia de los terceros interesados en la tramitación de un recurso administrativo determina la indefensión de aquellos y comporta la nulidad de las actuaciones aunque la resolución de dicho recurso fuere desestimatoria.”

por ello una obligación de lealtad procesal del interesado no ocultar la existencia de terceros contrainterésados.¹⁴⁰ Su intervención debe permitirle realizar todas aquellas gestiones probatorias o recursivas necesarias y en su caso retrotraer el procedimiento.¹⁴¹ La obligación de citar a los terceros existe sea cual fuere el tipo de derechos afectados.¹⁴² El desistimiento de la parte promotora, existiendo terceros interesados, no obliga a estos ni implica la cesación de su intervención.

II. Representación y patrocinio de las partes

13. Representación¹⁴³

13.1. Admisibilidad

Los interesados en un procedimiento administrativo pueden actuar personalmente o por medio de representantes y así lo admiten todas las leyes de procedimiento.¹⁴⁴ Hay quien sostuvo en doctrina, apartándose de tal criterio general, que “cuando se trate de derechos y situaciones de carácter personalísimo, como ocurre, por regla general, en los procedimientos disciplinarios contra los funcionarios públicos,” no habría posibilidad de actuar por medio de representantes.¹⁴⁵ Pero estimamos que esta tesis es infundada.¹⁴⁶ El carácter “personalísimo” de una cuestión es algo que, por lo que a la administración respecta, queda salvado con la obligación del interesado de presentarse a deponer cuando sea interrogado. Si él quiere actuar por medio de representantes, fuera de esas hipótesis, no hay razón alguna valedera para impedirselo. Sería por otra parte absurdo discutir la representación cuando el procedimiento es, como entre nosotros, eminentemente escrito; pues es obvio que da exactamente lo mismo que los escritos sean firmados por el interesado o por su representante.¹⁴⁷

Por lo demás, si se obliga al funcionario a firmar él mismo todos sus escritos, es obvio que se le coarta sensiblemente su defensa, ya que la continuación de la relación jerárquica que lo vincula a la administración hace que no tenga plena libertad para reclamar o recurrir, argumentar, interponer quejas, etc.

¹⁴⁰ En Corrientes, art. 244, si la no citación del tercero se debiera a dolo del interesado o de la administración, se anulará todo lo actuado, para iniciar de nuevo el procedimiento.

¹⁴¹ El fundamento constitucional prima sobre eventuales normas reglamentarias adversas.

¹⁴² MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. cit.*, p. 90.

¹⁴³ Ampliar en MONTI, LAURA, “La representación de las partes en el procedimiento administrativo,” en TAWIL, *op.cit.*, cap. XX, pp. 233/241

¹⁴⁴ RN, arts. 31 y ss.; CABA, art. 51; Prov. de Buenos Aires, 13 y ss.; Corrientes, 245 y ss.; Chaco, 14 y ss.; Mendoza, 119 y ss.; Salta, 115 y ss.; Tierra del Fuego, 15 y ss.

¹⁴⁵ VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 50.

¹⁴⁶ Lo expuesto es reproducción textual de lo que venimos sosteniendo desde la 2ª ed., Buenos Aires, Macchi, 1971, p. 143, § II, 9 a).

¹⁴⁷ Todo esto lo venimos diciendo desde la 1ª ed., 1964, *op. cit.*, p. 43, § 9.2 a). Posteriormente otros autores han expresado la misma opinión, que puede ya considerarse generalizada.

Se han dado casos en que algún superior ha pretendido sancionar al subordinado por haber éste recurrido jerárquicamente un acto suyo. Tales sanciones son improcedentes y así ha sido declarado por la Procuración del Tesoro. El recurso del funcionario no está interpuesto por él como *órgano* del Estado, por tanto subordinado jerárquicamente, sino en su calidad de *sujeto de derecho* lesionado.

Ninguna relación funcional o jerárquica lo liga con la administración en el acto mismo del recurso y en el procedimiento a que dicho recurso dé lugar. Una interpretación diversa pondría al funcionario en un pie de desigualdad frente a los demás particulares, que pueden recurrir de todo acto de la administración, sin que ésta tenga, como es obvio, ninguna potestad disciplinaria respecto de ellos con la cual castigarlos por haber ejercido su derecho.¹⁴⁸

13.2. *Quiénes pueden ser representantes*

Hay en este punto una importante diferencia respecto del proceso civil, comercial, etc. en el que sólo pueden ser representantes quienes tienen el título de procurador o abogado y están inscriptos en la matrícula respectiva, demuestren el pago del bono respectivo, etc.

En el procedimiento administrativo, en cambio, la regla general es que puede ser representante cualquier sujeto de derecho con capacidad para ser parte.¹⁴⁹ No es necesario que sea un profesional del derecho¹⁵⁰ y puede ser cualquier persona física o jurídica,¹⁵¹ profesional o no. Como excepción, en el Tribunal Fiscal de la Nación, a pesar de no exigirse *patrocinio* letrado la *representación* debe ser ejercida por “personas autorizadas para actuar en causas judiciales” y por profesionales en ciencias económicas.¹⁵²

La solución en el derecho positivo argentino, en el orden nacional, pareciera ser la de intentar privilegiar la actuación del abogado, como apoderado y no ya solamente como patrocinante, cuando se discuten cuestiones jurídicas. Sin embargo, pensamos que si bien puede razonablemente requerirse en tales supuestos

¹⁴⁸ Ver *supra*, § 10, “Funcionarios o empleados públicos.”

¹⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Thomson/Civitas- La Ley, Buenos Aires, 2006, cap. XXII, § V-3, pp. 494-6; SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECARRENN, *op. cit.*, p. 180; GÓMEZ SANCHÍS, *op. cit.*, p. 609. Costa Rica remite enteramente al derecho común, art. 282.

¹⁵⁰ Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 164 y 2ª ed., p. 167; GÓMEZ SANCHÍS, *op. loc. cit.*

¹⁵¹ Conf. ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, p. 235. Es la solución mayoritaria. Por excepción, en Austria, algunos precedentes niegan capacidad para ser representante a las “personas jurídicas.” HELLBING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, Manzschke, 1953, p. 139; pero ello no resiste la crítica, ya que ambas participan de la misma característica de ser sujetos de derecho y pueden actuar en nombre propio o en representación. La ley alemana de 1976, art. 17, inc. 1º, *in fine* sigue en algunos casos especiales la solución austríaca: MEYER y BORGS-MACIEJEWSKI, *op. cit.*, p. 106; con todo, no es la regla: art. 12, inc. 3º.

¹⁵² Ley 11.683, t.o. 1998, art. 161; GIULIANI FONROUGE y NAVARRINE, *op. cit.*, pp. 501 y 505; 6ª ed., pp. 665 y 674; 7ª ed., pp. 678-81.

patrocinio letrado, resulta en cambio absurda la exigencia de *representación* letrada. En todo caso y como regla general bien se ha resuelto, en el derecho comparado, que no es el caso de establecer un monopolio o privilegio profesional a favor de los abogados en el procedimiento administrativo, como sí se lo hace en el derecho procesal administrativo. Ello es congruente, aunque no necesariamente pacífico, con las demás soluciones adoptadas a fines del siglo XX en materia de desmonopolización de actividades y promoción de la libre competencia. Por todo lo expuesto, el apoderado puede ser un pariente,¹⁵³ una empresa, un gestor de negocios, un gestor administrativo¹⁵⁴ y en definitiva, repetimos, cualquier persona que a su vez tenga capacidad para ser parte.¹⁵⁵ La expuesta es la solución general, aplicable en la mayoría de los ordenamientos provinciales; en el orden nacional, en cambio, podría interpretarse a *contrario sensu* el inc. f, ap. 1) *in fine* del art. 1º del decreto-ley 19.549/72, como que éste permite la representación por quienes no sean abogados o procuradores sólo cuando una norma expresa, legal o reglamentaria, lo autorice.¹⁵⁶ Pero en todo caso la mención a una norma “reglamentaria” no se refiere necesariamente al Poder Ejecutivo, pudiendo emanar de la repartición. En el derecho comparado prevalece la opinión de que no se justifica crear un monopolio a favor de la profesión de abogado para la intervención ante la administración pública, ni prohibir o limitar la intervención de gestores legos. En nuestro país, cuando se producen reacciones contra la intervención de gestores, se pretende en algunas reparticiones exigir la actuación *personal*. Ello es ilegal, pues no se puede negar al interesado el derecho a actuar por representante; a lo sumo se podrá especificar qué tipo de representante es admisible, o exigir directamente representación letrada necesaria, o patrocinio letrado obligatorio.¹⁵⁷ Como se advierte, existe mucha incertidumbre en la materia, fruto de

¹⁵³ El caso más típico y frecuente es el de los cónyuges entre sí y el de los ascendientes y descendientes en forma recíproca. Del mismo modo, nada impediría acordar a los demás parientes para gestiones de trámites. Así, un menor de edad puede incluso hacer gestiones de mero trámite para sus padres, en la práctica, exhibiendo el documento paterno o materno.

¹⁵⁴ A favor de los cuales sería inválido tanto crear monopolios (GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *op. loc. cit.*) como prohibiciones absolutas. Ver también GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, “La representación de los interesados en la ley de procedimiento administrativo,” en *RAP*, 52: 19-21, Madrid, 1967; *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Madrid, 1977, p. 193 y ss.

¹⁵⁵ Doctrina uniforme.

¹⁵⁶ “Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas.” El decreto-ley 951/79 de la Prov. de La Pampa transcribe la misma fórmula en su art. 12 inc a), *in fine*. Ver también MONTI, *op. loc. cit.*

¹⁵⁷ Ver y comparar VILLAR Y ROMERO, *op. cit.*, p. 48; VIVANCOS, EDUARDO, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, pp. 74-5; SARMIENTO GARCÍA Y PETRA RECARRE, *op. cit.*, p. 180. Ver BOSCH, *op. cit.*, pp. 134-136; F. TROWBRIDGE VON BAUR, “Representation before Administrative Agencies,” *New York University Law Review*, vol. 30, § 7, Nueva York, 1955, p. 1927 y ss.; SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston, 1991, 3ª ed., p. 316; *Administrative Law. A Casebook*, Boston, 1994, p. 523; DAVIS, KENNETH CULP, *Administrative Law Text*, St. Paul, 1972, 3ª ed., p. 204 y ss.; DAVIS, KENNETH CULP Y PIERCE JR., RICHARD J., *Administrative Law Text*, I, Boston, Little, Brown & Co., 1994, 3ª ed., p. 379. Dice la ley federal norteamericana de procedimiento admi-

los vestigios autoritarios de una administración siempre heredera de las peores tendencias del centralismo y del caudillismo por más de cinco siglos históricos a nuestro país,¹⁵⁸ poco propensa por ende a la transformación del procedimiento ante ordenes jerárquicos en proceso ante tribunales administrativos independientes sujetos a control judicial suficiente y adecuado. De allí que hayamos sostenido reiteradamente que la clave en nuestros países no está en reformar el procedimiento como en Europa, sino en reformar al sujeto procedimental.¹⁵⁹

13.3. *Formas de la representación*

La representación puede otorgarse y acreditarse de muy diversas maneras:

13.3.1. *Poder notarial*

Poder especial formalmente otorgado en escritura pública, acompañando copia auténtica de ésta. Es una formalidad que solamente se exige en algunas licitaciones públicas.

13.3.2. *Copia simple de poder, firmada por apoderado o letrado*

Si se trata de un poder general o de un poder especial otorgado para varios actos, es de aplicación el art. 32 del reglamento nacional y similares normas provinciales, en el sentido que “cuando se invoque un poder general o especial para varios actos,”¹⁶⁰ “se lo acreditará con la agregación de una copia íntegra firmada por el letrado patrocinante o por el apoderado. De oficio o a petición de parte interesada, podrá intimarse la presentación del testimonio original.”

Esta norma, tomada del procedimiento judicial, simplifica en el orden nacional el sistema anterior, en el cual se exigía en el proceso ordinario la declaración jurada del letrado patrocinante sobre su fidelidad y vigencia. También la normativo (APA), 5 U.S.C. § 555 (b): “Una persona que deba comparecer ante una agencia [...] tiene derecho a ser acompañada, representada y asesorada por un abogado o, si la agencia lo permitiere, por otro representante calificado.”

¹⁵⁸ Como lo explicamos en “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-104, Buenos Aires, reproducido en el t. 7, cap. XII. Ver también PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La postergación institucional,” *LL*, 2006-F, 877.

¹⁵⁹ Tal como lo resumimos en el punto “XXII.2 El problema no es el procedimiento sino el órgano,” en GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. 2, pp. 524-B a 524-D; lo hemos desarrollado en “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726. Una variante menos innovadora en nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, cap. II, reproducido en la sección II del t. 11

¹⁶⁰ Prosigue la norma: “o un contrato de sociedad civil o comercial otorgado en instrumento público o inscripto en el Registro Público de Comercio.”

ma actual suprime la responsabilidad que se asignaba al letrado por cualquier falsedad o inexactitud de la copia.¹⁶¹ Con todo, nos parece obvio que la responsabilidad del representante existe siempre. En la medida que invoca un poder del cual acompaña copia, parece claro, al menos en principio, que él y no otro debe responsabilizarse ante la administración tanto por la fidelidad de la transcripción como por la vigencia del poder; no podría ser de otro modo.¹⁶² En cualquier caso, cabe tener presente que, como lo ha puesto de manifiesto la Procuración del Tesoro de la Nación,¹⁶³ el poder, ya sea general o especial, que habilite para representar en sede judicial, no es apto para actuar a nombre del interesado ante la administración. Nos parece una solución excesivamente rigorista. Si el apoderado se halla habilitado para demandar, transar, cobrar, etc., parece exagerado negarle la facultad de recurrir y en general actuar como representante de la parte en sede administrativa. Con frecuencia, en la práctica administrativa se admite correctamente, sin cuestionamientos, el poder general para juicios. Estimamos que es la solución acertada, no sólo empírica sino también teóricamente.¹⁶⁴

13.3.3. *Otros supuestos de copia simple de poder*

Cuando tratándose también de copia simple de un poder general vigente, quien da fe de su vigencia y fidelidad no es apoderado ni figura como letrado patrocinante —p. ej., por no haber patrocinante— la cuestión es más dudosa, pero se ha admitido no obstante su procedencia, si la personería del recurrente “se halla indirectamente acreditada en actuaciones similares.”¹⁶⁵ Es decir, cuando hay prueba indiciaria que corrobora dicha personería, o que expresa o implícitamente se lo haya tenido por parte en otro expediente agregado o paralelo a las actuaciones en que se considera el recurso, puede también ser suficiente la copia simple respaldada por la firma de letrado que no sea apoderado ni patrocinante en el recurso. Es una regla sencilla que se aplica en la práctica sin ningún problema. Esta solución, previa a la sanción del reglamento nacional, a nuestro juicio puede ser mantenida por la amplitud de éste en la materia.

¹⁶¹ Decía el art. 14 de la ley 14.237 que “cuando se invoque un poder general vigente, se lo acreditará suficientemente con la agregación de una copia íntegra firmada por el letrado patrocinante, con declaración jurada de éste sobre su fidelidad. El letrado será legalmente responsable de cualquier falsedad o inexactitud.” Sobre el régimen bonaerense ver BOTASSI, *Procedimiento administrativo...*, op. cit., p. 96.

¹⁶² La administración puede, en efecto, si considera que su conducta es maliciosa y perturbadora del procedimiento, recurrir al mecanismo sancionatorio que se encuentra previsto en el art. 6º, inc. e) de la reglamentación nacional y en el art. 1, inc. b) del decreto-ley 19.549/72. Sin embargo, nos parece una facultad cuyo ejercicio es más propio del ámbito forense que del administrativo.

¹⁶³ PTN, *Dictámenes*, 226: 156; 210: 57; 199: 130.

¹⁶⁴ Pues la facultad de estar en juicio como actor o demandado es claramente de mucha mayor entidad que la de ser parte en un trámite administrativo en el que ni siquiera existe posibilidad de incurrir en erogaciones por tasa de justicia, costas de la contraria, etc.

¹⁶⁵ PTN, *Dictámenes*, 84: 43.

13.3.4. *Poder apud acta*

No existiendo poder otorgado ante escribano público, se admite el mandato en acta levantada en la mesa de entradas de la repartición, previa acreditación de la identidad.¹⁶⁶ No es muy frecuente, por la reticencia de los empleados y jefes de mesas de entradas a enfrentar este tipo de labor, y por ello se ha dado en la práctica mayor admisibilidad a la carta-poder, en las variantes que comentamos en los párrafos siguientes.

13.3.5. *Carta-poder autenticada*

Se admite también acreditar la representación por carta poder cuya firma esté autenticada por escribano público, juez de paz, comisario de policía u otra autoridad policial.¹⁶⁷ En los últimos años ha aparecido también una forma sumamente práctica de acreditar la autenticidad de la firma mediante la certificación de entidad bancaria. Es lo que hacen los bancos oficiales y privados respecto a sus clientes de cuenta corriente y también de cajas de ahorro y otras operaciones bancarias. Este sistema es quizá el más cómodo de todos, porque es sencillo y económico, confiere efectiva seguridad a la administración de la autenticidad de la firma y es también de mayor conveniencia para una buena parte de los posibles recurrentes, teniendo la ventaja adicional de gratuidad.¹⁶⁸

13.3.6. *Carta-poder simple*

Incluso se admite con frecuencia en la práctica la carta poder simple, sin ninguna clase de autenticación externa de firmas.¹⁶⁹ Esta forma es admisible cada vez que la autenticidad de la carta-poder sea plausible y no haya razones especiales que hagan dudar de ella. Dicha plausibilidad se suele controlar en la práctica con la comparación de firmas por los propios empleados de la repartición con la firma que figura en sus registros y la exhibición de un documento de identidad del man-

¹⁶⁶ RN, art. 33; Ciudad de Buenos Aires, 53; Provincia de Buenos Aires, 15; Córdoba, 16; La Pampa, 33 del reglamento; La Rioja, 117; Mendoza, 121; Salta, 117; Tucumán, 13.

¹⁶⁷ RN, art. 32: "carta-poder con firma autenticada por autoridad policial o judicial, o por escribano público." La autenticación puede serlo por una comisaría, destacamento, delegación policial, etc., PTN, *Dictámenes*, 78: 116. Algunas provincias sólo admiten "carta-poder con firma autenticada por la justicia de paz, o por escribano público." art. 14 de Buenos Aires; 15 de Chaco; 120 de Mendoza; 11 de Tucumán; Salta, 116; Corrientes, 246, que agrega "o por el funcionario a cargo del procedimiento;" sobre esto último ver *infra*, cap. VIII, § 1.2, "La inexistencia de un responsable del procedimiento." En Costa Rica el art. 283 admite la autenticación "por un abogado que podrá ser el mismo apoderado."

¹⁶⁸ Así Córdoba sólo requiere "carta-poder con firma autenticada" (art. 16) sin exigir una forma determinada. El RN no lo contempla, pero en la práctica se lo acepta. DOCOBO, JORGE JOSÉ, "La actuación administrativa," *JA*, 1975: 519, 526, señala esta omisión del reglamento nacional.

¹⁶⁹ Lo admite por lo demás el art. 1873 del Código Civil derogado al aceptar el mandato expreso tanto "por instrumento público o privado, por cartas." El nuevo CCC no impediría dicha modalidad, ver art. 1319.

dante por el mandatario. Claro está que nadie puede ser obligado a desprenderse de su documento, pero la práctica no parece haber producido problemas hasta ahora, porque el documento se entrega en definitiva a una persona de nuestra confianza, quien a su vez lo exhibe sin entregarlo.

13.3.7. *Representación necesaria. Casos en que se requiere probarla*

Los padres que se presenten en nombre de sus hijos, o el cónyuge —marido o mujer— que lo haga en nombre del otro, *no* necesitan acreditar su personería acompañando o exhibiendo copia de las partidas de nacimiento o casamiento, a menos “que fundadamente le fueren requeridas.”¹⁷⁰ El sentido de la norma sugiere una necesaria fe pública de la sola invocación del carácter de cónyuge o padre, implicando el requerimiento de prueba documental de la relación invocada una suerte de menoscabo a ella, motivo por el cual dicho requerimiento no puede ser informal ni casual, sino que debe ser expresa y razonablemente fundado.¹⁷¹ En otros casos de representación necesaria (tutela, curatela) se exige, con razón, acreditar la representación con los instrumentos correspondientes.

13.3.8. *Representación presunta. Gestiones verbales*

Usualmente son requeridas gestiones múltiples de los interesados ante diversas reparticiones públicas por cuestiones no siempre trascendentes. Se trata de las solicitudes, trámites o reclamos ante los entes reguladores por los servicios públicos privatizados, sean telefónicos, de electricidad, agua, gas, correos, transporte ferroviario, aeropuertos, etc., contra la defectuosa prestación del servicio, sobre facturación, etc. La práctica administrativa ha progresado admitiendo la representación de otros familiares, con el sólo requisito de la coincidencia de los apellidos en el documento de identidad y la credibilidad *prima facie* de la relación, o de una explicación razonable de otro vínculo familiar y la exhibición del documento de identidad del representado. Cabe reafirmar esa práctica y presumir la representación de cualquier persona para las gestiones de mero trámite,¹⁷² o de

¹⁷⁰ Reglamento nacional, art. 31; encontramos similares normas en la Ciudad de Buenos Aires, art. 51; Prov. de Buenos Aires, 13; Córdoba, 15; Corrientes, 246; La Pampa, 34 del decreto reglamentario; Mendoza, art. 119; Neuquén, 117; Río Negro, 27 inc. f); Salta, 115. Este distingo a favor de los padres y cónyuges en sede administrativa se correspondía con la norma similar que contenía la anterior redacción del art. 46 del CPCCN, el cual ha sido modificado por la ley 25.624, manteniendo actualmente la falta de obligación de presentar las partidas correspondientes, solamente en favor de los “padres que comparezcan en representación de sus hijos,” quedando excluidos del alcance de dicha disposición, *en sede judicial*, los cónyuges que se presenten en nombre del otro. Esa desconfianza hacia la representación legal del cónyuge, sea o no razonable en sede judicial, no parece serlo en sede administrativa.

¹⁷¹ En contra DOCOBO, JORGE JOSÉ, “La actuación administrativa,” *JA*, 1975: 519, 526, para quien basta alegar que en la actuación no está acreditado el vínculo.

¹⁷² Ley española, art. 24; VIVANCOS, *op. cit.*, pp. 71-2; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. loc. cit.*; ley alemana, art. 14, inc. 1°.

cualquier miembro de la familia, o dependiente del interesado.¹⁷³ Es la hipótesis de las gestiones verbales que expusiera, a otros efectos, la Procuración del Tesoro de la Nación.¹⁷⁴ Coincidimos con esos criterios simplificadores y flexibilizadores del procedimiento administrativo, en que la práctica se encuentra más adelantada que alguna parte de la doctrina argentina.¹⁷⁵

13.3.9. *Mandato tácito*

La relación mandante-mandatario es de derecho civil, por lo que le es aplicable la legislación común, que admite el mandato verbal y el tácito.¹⁷⁶ Autoriza “a las representaciones por personas dependientes, como los hijos de familia en relación a sus padres, el sirviente en relación a su patrón, el aprendiz en relación a su maestro [...] (incluso) [...] cuando no supusiesen necesariamente un contrato entre el representante y el representado.”¹⁷⁷ No requiere documentación alguna.¹⁷⁸ Aplicando la legislación civil, resulta en consecuencia que si no estamos en presencia de una de las hipótesis en que se requiere poder especial¹⁷⁹ y se trata tan sólo de gestiones de mero trámite, debe ser perfectamente admisible la presentación ante la administración de una persona, sea bajo la regla del mandato tácito, sea bajo la regla de la gestión hecha por personas dependientes.¹⁸⁰ En buen número de casos la práctica ha tendido a aceptar este tipo de representación en el procedimiento administrativo, sin justificación de personería, sobre todo para trámites comunes. La cuestión no ha sido objeto de pronunciamiento alguno expreso que conozcamos, ya que por cierto la persona a quien no le permiten actuar en cierto caso informalmente, elige entonces el camino más fácil de formalizar la representación, antes que discutir el punto a través de todo un procedimiento tendiente

¹⁷³ Ley austríaca, art. 10, inc. 4°.

¹⁷⁴ Dictamen 11/99, que resume, aunque no comparte, SELJAS, GRACIELA, “El art. 26 de la ley n° 24.447 y la posibilidad de impulsar los procedimientos administrativos mediante actos verbales de los administrados,” en *RAP*, 249: 37, Buenos Aires, 1999.

¹⁷⁵ Es lo ocurrido con la denuncia de ilegitimidad, que parte de la doctrina logró finalmente destruir. Ya hemos visto en otra parte de este volumen que también se alzan desde la administración voces que critican que una notificación en disconformidad pueda valer, como lo sostiene la Procuración del Tesoro de la Nación, cómo válida interposición de un recurso administrativo. Este drama argentino no se limita, cómo es obvio, al procedimiento administrativo. Es general: Ver nuestro artículo “La constitucionalidad formal...,” *RPA* 2006-2: 59-104, Buenos Aires, Rap, 2006, reproducido en el cap. XII del t. 7. Ver también PÉREZ HUALDE, “La postergación institucional,” *LL*, 2006-F, 877 y GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El sistema presidencialista argentino y el control de la actividad administrativa,” *RPA* 2007-I: 7-29, Buenos Aires, Rap, 2007.

¹⁷⁶ El art. 1873 del Código derogado prescribía: “El mandato puede ser expreso o tácito” y el art. 1874: “El mandato tácito resulta no sólo de los hechos positivos del mandante, sino también de su inacción o silencio.” Por su lado, también lo admite el art. 1319 del CCC.

¹⁷⁷ Art. 1870 del Código Civil derogado. El nuevo CCC no establece expresamente la cuestión.

¹⁷⁸ Al igual que en el supuesto explicado *supra*, § 13.3.8, “Representación presunta. Gestiones verbales.”

¹⁷⁹ Art. 1881 del Código Civil derogado. El art. 1319 del CCC establece que el mandato se puede conferir para uno o más actos jurídicos.

¹⁸⁰ Ver art. 1870 del Código Civil derogado, hoy contemplado en el art. 1319 del CCC.

a que se admita su representación informal. Pero debería al menos denunciar el hecho al Defensor del Pueblo. En algunas mesas de entradas a veces impera la práctica de la exigencia de mandato expreso con firma autenticada, o incluso de actuar personalmente. No siempre, pues, se tiene la seguridad de ser admitido para una gestión de trámite de manera informal en nombre de un tercero.

13.3.10. *Gestión de negocios. Casos de urgencia*

En forma similar y por aplicación de la figura civil de la gestión de negocios, Mendoza admite que “mediando urgencia y bajo la responsabilidad del representante, podrá autorizarse a que intervengan a quienes invocan una representación, la que deberán acreditar en el plazo de diez días de hecha la presentación, bajo apercibimiento de desglose del expediente y su devolución;”¹⁸¹ Tucumán tiene similar norma en su art. 12, agregando que “La urgencia deberá resultar de la misma petición o de las constancias del expediente.” A nuestro juicio, también en los ordenamientos administrativos que carecen de esta previsión expresa, debe admitirse la aplicación supletoria de la similar norma usual en los códigos procesales civiles: “En casos urgentes podrá admitirse la comparecencia en juicio sin los instrumentos que acrediten la personalidad, pero si no fueron presentados o no se ratificase la gestión dentro del plazo de cuarenta días, será nulo todo lo actuado por el gestor.” art. 48 del CPCCN.¹⁸² En el procedimiento administrativo la nulidad de lo actuado por el gestor que no acredite su personería en el término legal no es absoluta y el individuo a cuyo nombre se ha hecho la gestión puede confirmarla incluso después de vencido el plazo legal, con efecto retroactivo.¹⁸³

13.4. *Intervención del representante y representado*

La representación convencional puede ser dejada sin efecto por la parte con una simple presentación administrativa haciendo manifestación expresa en tal sentido, pero también es admisible que actúe personalmente sin revocar el mandato.¹⁸⁴

¹⁸¹ Buenos Aires, 14; Corrientes, 246; Salta, 116. Comp. GÓMEZ SANCHÍS, “Principios, sujetos y actos del procedimiento administrativo,” *op. cit.*, p. 610. Ha de recordarse que el mandante debe ratificar la gestión, pero se ha interpretado que no es suficiente la presentación ulterior del gestor acompañando poder: CNFed. CA, Sala I, *Platamar S.A., LL*, 1999-E, 228, año 1998, lo que nos parece excesivamente riguroso.

¹⁸² Ver posteriormente DOCOBO, “La actuación administrativa,” *op. cit.*, p. 526; en contra BEZZI, *op. cit.*, p. 43. En el procedimiento impositivo, aún en ausencia de norma específica expresa, se lo ha admitido: GIULIANI FONROUGE y NAVARRINE, *op. cit.*, p. 503; 6ª ed., p. 673, caso *Coelho* de 1974 y posteriores.

¹⁸³ Conf. ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 69, nota 38. En cambio no se ha admitido, a nuestro juicio con excesivo rigor formal, que esa ratificación pueda hacerlo el mismo presentante acompañando poder de su instituyente. Ver nota 164, *in fine*.

¹⁸⁴ Ley austríaca, art. 10, inc. 6º, ADAMOVICH, LUDWIG, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, t. I, Viena, Springer, 1954, 5ª ed., p. 221. RN, art. 34, inc. a): “La intervención del interesado en el procedimiento no importará revocación si al tomarla no lo declara expresamente;” CABA, 54;

aclarándolo así expresamente o no. En tal sentido el inc. a) del art. 34 del reglamento establece que la intervención del interesado no importará revocación si no lo declara expresamente. La necesidad de aclarar que no se revoca el mandato otorgado al representante surgió del art. 1972 del Código Civil hoy derogado y no previsto en el actual CCC, según el cual “Interviniendo el mandante directamente en el negocio encomendado al mandatario, y poniéndose en relación con los terceros, queda revocado el mandato, si él expresamente no manifestase que su intención no es revocar el mandato.” Sin embargo, entendimos en su momento¹⁸⁵ que esta disposición no es aplicable al presente caso, por ser de necesaria aplicación supletoria el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo art. 53, inc. 1° *in fine* dispone que “La sola presentación del mandante no revoca el poder,”¹⁸⁶ lo que implica que el poder sólo se revoca expresamente y no en forma tácita como pretendía la ley civil.

La solución de referencia, consagrada legalmente para el proceso civil y aplicable según exponemos al procedimiento administrativo, se compadece por otra parte mucho más adecuadamente con el carácter informal de este último, en el cual cabe entonces admitir también la actuación promiscua del representante y del interesado. Así lo han aceptado expresamente la Nación y varias Provincias.¹⁸⁷ Con todo, cabe recordar que en algún caso ha imperado en el pasado la norma contraria, por expresa disposición legal,¹⁸⁸ queda de cualquier manera dicho que estimamos más adecuada la regla establecida en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en las nuevas legislaciones citadas, en lo que hace al procedimiento administrativo. Admitida (como lo hace la norma administrativa y procesal nacional) la intervención del mandante sin revocar poder expresa o tácitamente, o incluso, como en el Código Civil, con la aclaración expresa de que no se revoca el poder, es necesario resolver a qué atenerse en caso de contradicción o incongruencia entre las peticiones y afirmaciones del representante y el representado. No soluciona la cuestión recordar que los actos del apoderado “obligan al mandante como si personalmente los hubiere practicado,”¹⁸⁹ si de todos modos aparecen escritos contradictorios, sea sucesiva o incluso simultáneamente. En estas situaciones, las posibles contradicciones entre las afirmaciones de la

Buenos Aires, 15, inc. 1°; La Pampa, 37, inc. a) del reglamento; La Rioja, 118, inc. a); Mendoza, 122, inc. a); Salta, 118, inc. a); Tucumán, 14, inc. a).

¹⁸⁵ *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Macchi, 1971, 2ª ed., p. 150.

¹⁸⁶ Esta norma representa el criterio contemporáneo de la mayor informalidad posible no sólo en el procedimiento administrativo sino también en el judicial.

¹⁸⁷ Cuyas normas citamos *supra*, nota 13.41.

¹⁸⁸ En Misiones la ley 2970/92 (ADLA, LVII-A, 1243) dispone en su art. 55 inc. a): “Cesará la representación en las actuaciones: a) Por revocación del poder. La intervención del interesado en el procedimiento no importará revocación, si al tomarla no la declarara expresamente.”

¹⁸⁹ Reglamento nacional, art. 35, que recoge igual criterio del art. 49 del CPCCN; Ciudad de Buenos Aires, art. 55; Prov. de Buenos Aires, art. 17; Córdoba, 19.

parte y su representante, deben ser resueltas dando prioridad a las primeras;¹⁹⁰ pero desde luego si la representación es *legal*, no convencional, estas reglas son inaplicables,¹⁹¹ por lo que el interesado no puede actuar directamente ni sus afirmaciones primar sobre las de su representante legal.

13.5. *Extinción*

Las demás formas de extinción son las generalmente establecidas.¹⁹²

13.6. *Representación unificada y su revocación*

Cuando varias personas formulan un petitorio del que no resultan intereses contrapuestos, pueden unificar *per se* la personería en su primera presentación, o hacerlo o pedirlo luego durante el trámite. También puede la administración exigir la unificación de la representación, “bajo apercibimiento de designar un apoderado común entre los peticionantes,”¹⁹³ o sus respectivos apoderados. Consideramos que la unificación del mandato es excepcional, de aplicación restrictiva y cuando no existe otra salida para que el procedimiento pueda continuar su normal trámite.¹⁹⁴ Una vez designado el mandatario común, su revocación en algunas legislaciones requiere unanimidad de los poderdantes o decisión administrativa que admita —si existen motivos fundados— la petición de uno sólo de ellos de revocar el mandato unificado.¹⁹⁵ Buenos Aires y Córdoba, con mejor criterio, admiten en cambio que cualquiera de las partes podrá por sí sola y en cualquier estado del trámite revocar el mandato unificado, “cesando para él la representación común.”¹⁹⁶ Creemos preferible este principio, que evita entrar en el análisis de las “causales” de revocación del mandato común, tramitar la solicitud, dictaminarla, resolverla, notificarla, etc., con la consiguiente economía procesal, además se aproxima más a la libre determinación de la voluntad de las partes y a un más efectivo respeto a la garantía de defensa de cada individuo.

¹⁹⁰ HELLBING, *op. cit.*, p. 141.

¹⁹¹ HELLBING, *op. loc. cit.*

¹⁹² RN, art. 34 (revocación, renuncia, muerte o incapacidad del poderdante o del mandatario); Corrientes, art. 249, se remite más lógicamente en forma directa al código procesal. En cambio regulan las causales en forma similar, Ciudad de Buenos Aires, art. 54; Prov. de Buenos Aires, art. 16; Córdoba, 18; La Pampa, 37 del reglamento; Mendoza, 122; Salta, 118.

¹⁹³ RN, art. 36; Ciudad de Buenos Aires, art. 56; Prov. de Buenos Aires, 19; Córdoba, 20; Corrientes, 250; La Pampa, 38; La Rioja, 119; Mendoza, art. 123; Salta, 119; Tucumán, 17.

¹⁹⁴ Conf. para el proceso judicial DE GREGORIO LAVIÉ, JULIO A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t.1, Buenos Aires, Ediar, 1985, p. 154. Comp. ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 72. En caso que la unificación afecte el derecho de defensa, es cuestión a debatir si cabe impugnarla por la acción de amparo u otra vía como se desprende de la obra citada en, p. 72 y nota 48.

¹⁹⁵ Reglamento nacional, art. 37; Ciudad de Buenos Aires, art. 57; Corrientes, 251; La Pampa, 39; La Rioja, 120; Mendoza, art. 124; Neuquén, 122; Salta, 120.

¹⁹⁶ Art. 21 de Córdoba; Prov. de Buenos Aires, art. 20. Comp. DOCOBO, “La actuación administrativa,” *op. cit.*, p. 528 y sus referencias.

13.7. *Separación administrativa del mandatario*

Algunas normas autorizan a la administración a “separar” al mandatario del trámite, cuando a juicio de ella “entorpeciera” el procedimiento, actuando irregular o incorrectamente.¹⁹⁷ En tal supuesto el administrador suspende el trámite e intima al mandante para que designe nuevo apoderado o actúe personalmente, bajo apercibimiento de continuar el procedimiento sin su intervención.¹⁹⁸ Otras provincias no tienen esta previsión, a nuestro juicio inútil y conflictiva: a) Inútil, porque siendo el procedimiento *escrito*, el único resultado práctico de aplicar esta “sanción,” será que aparecerá una firma distinta al pie de los escritos, y la conducción del asunto que haya disgustado al funcionario no se verá afectada por el cambio de firmante. b) Superflua, porque si existe comportamiento irregular del apoderado no letrado, más conveniente es exigir entonces patrocinio letrado, pues respecto del profesional existen otros medios disciplinarios más idóneos y cabe sumarles el propio control de los respectivos colegios profesionales. c) Es también conflictiva sin utilidad alguna, pues implica un injustificado desgaste administrativo de informes, dictámenes, vista para defensa y prueba, decisión fundada, eventuales recursos contra la decisión, etc. d) Es además un intento de la administración de pretender limitar la defensa del administrado, confesando su incapacidad de gobernar el procedimiento. En efecto, no existe duda a nuestro juicio de que si las solicitudes son improcedentes, se rechazarán; si son inútiles, repetitivas o numerosas, se agregarán al expediente y se dispondrá lo pertinente. Si tergiversan hechos, ello se aclarará con la prueba producida de oficio y por el principio de instrucción y de verdad material, con lo cual la verdad administrativa quedará esclarecida; si son agraviantes, sus términos lesivos serán testados, etc. Admitir la separación del apoderado por inconducta, pues, no es más que partir de la suposición de que el administrador no será apto para manejar el procedimiento. Además, una medida de esas características, puede entorpecer el trámite y es violatoria de la garantía del debido proceso o defensa de la parte y del ejercicio profesional del mandatario.

¹⁹⁷ Reglamento nacional, art. 6º, inc. e); ley de procedimiento administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 27, inc. e); Provincia de Buenos Aires, art. 18; Córdoba, art. 11; La Pampa, art. 11, inc. e) del reglamento; Tucumán, art. 16. Sobre las facultades disciplinarias de la administración en el procedimiento administrativo, ver: CANDA, FABIÁN O., “El órgano competente. Competencia y capacidad. Conflictos interorgánicos e interadministrativos. Deberes y facultades del órgano,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento administrativo*, op. cit., pp. 191-203, esp. pp. 197-203; CANOSA, op. cit., p. 169; BARRAZA, JAVIER I., “Potestades sancionadoras de la Administración en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos,” en POZO GOWLAND, HÉCTOR; HALPERÍN, DAVID; AGUILAR VALDÉZ, OSCAR, JUAN LIMA, FERNANDO y CANOSA, ARMANDO (dirs.), *Procedimiento administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 901-916.

¹⁹⁸ Igual referencia. Ver DOCOBO, “Facultades disciplinarias en el procedimiento administrativo,” *JA*, Doctrina, 1974: 280, 282, quien aclara que es sólo el apoderado, no el letrado patrocinante, el que puede ser separado del procedimiento por esta disposición.

Por ello sugerimos la derogación de tales normas o al menos su no aplicación. Esto último es perfectamente posible, puesto que la aplicación de tal sanción es potestativa para la administración.¹⁹⁹ De hecho en la práctica no se hace aplicación de esta tan dubitable como ilegal facultad de los funcionarios que en cada caso tienen a su cargo el trámite del cual se trata. En relación a lo expuesto cabe también tener presente, en efecto, que en el procedimiento administrativo, a diferencia del judicial, no hay un sólo órgano que se ocupe de instruir el procedimiento en cada instancia. A todo ello cabe agregar que la relación de mandato entre la parte y su representante es de derecho privado y no puede una reglamentación pretender interferir en la esfera contractual privada.²⁰⁰ Un contrato entre particulares no puede ser extinguido sino en sede judicial y con base legal formal, no con mero sustento administrativo. La extinción de un contrato entre terceros dispuesta por la administración es peligrosa para el sistema de división de poderes y sienta un precedente que violenta todo el sistema legal existente.²⁰¹ Existe también un evidente exceso reglamentario en el decr. 1759/72 respecto del decreto-ley 19.549/72. Cuando este último faculta al PE a regular el régimen disciplinario, se ocupa de regular la potestad de aplicar multas, incluso de fijar su monto; no hay allí ninguna discrecionalidad para la administración. Si la fijación de una multa de naturaleza disciplinaria ha seguido la regla constitucional de requerir contar con sustento legal suficiente,²⁰² una sanción mayor carece de fundamento

¹⁹⁹ Comp. DOCOBO, *op. loc. cit.*

²⁰⁰ Por eso no podrían las Provincias incorporar normas de esa índole, ni siquiera con base legal formal. Es así inconstitucional el art. 18 de la ley de la Provincia de Buenos Aires. En igual sentido BOTASSI, *Procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, p. 105.

²⁰¹ Ese precedente se ha expandido tan vertiginosa como destructivamente para todo el sistema económico y financiero, además de jurídico, del país. Ver ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE, “¿Es necesario un fallo incondicionalmente pesificador? El estado de la jurisprudencia posterior a *Bustos*,” *LL*, 2005-F, 927. Todo esto ha llevado a la degradación del derecho público que denuncia MAIRAL en “Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina,” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, III, FDA, 2003, pp. 129-35; “La teoría del contrato administrativo a la luz de las recientes normativas,” en AA.VV., *El contrato administrativo en la actualidad*, La Ley, Buenos Aires, 2004; “El efecto de la crisis económica en el derecho,” *RAP, Doctrina Pública*, XXXVI-2, pp. 239-45; “La degradación del derecho público argentino,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 17-32; y recientemente, del mismo MAIRAL, su magnífico libro “*Las raíces legales de la corrupción*,” Buenos Aires, Cuadernos RPA, 2008. Una crítica diferente pero igualmente interesante en BONINA, NICOLÁS, y DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, Lajouane, Buenos Aires, 2009; del segundo, “Discurso jurídico y derecho administrativo. Doctrina de facto y emergencia económica,” *RPA*, 2009/2-3.

²⁰² Nos referimos a la multa que el decreto-ley autoriza imponer y que comentamos *infra*, cap. II, § 11, “Facultades disciplinarias.” La necesidad de norma legal expresa ya fue señalada por la CSJN en el caso *Mouviel*, *Fallos*, 237: 654, 656, año 1957: “La configuración de un delito por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del poder legislativo y escapa de la órbita de las facultades ejecutivas. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 de la Constitución.) De ahí la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario que haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima

normativo suficiente, en ausencia de previsión expresa en el decreto-ley. Por ello a nuestro juicio el inc. e) del art. 6° del reglamento es ilegal e inconstitucional en este aspecto. Es la suma de “desprolijidades” como ésta —o sea lisas y llanas violaciones de la ley y del principio de legalidad— las que han llevado al estado de generalizada violación al derecho en el que nos encontramos.

14. *Patrocinio*²⁰³

14.1. *No exigibilidad*

En el procedimiento administrativo no se requiere patrocinio letrado para recurrir o intervenir en un expediente; es una aplicación más del principio del informalismo a favor del administrado.²⁰⁴ Por supuesto, el derecho del interesado a hacerlo, si lo desea, *es absoluto e insusceptible de limitación alguna*, sea que actúe por representante o personalmente.²⁰⁵ Incluso en aquellos casos excepcionales en que puede válidamente exigirse por norma expresa, con debido sustento fáctico, la actuación personal del interesado, él tiene derecho a hacerse patrocinar por letrado en su presentación.²⁰⁶ Obsérvese, por lo demás que en el nuevo CCC se consagra expresamente, en el caso de los menores de edad con grado de madurez

la contravención para que esa persona deba ser condenada por tal hecho (art. 18.)” Ver *supra*, t. 1, cap. VII, § 13.1, “El principio tradicional,” y ss.

²⁰³ GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos...*, op. cit., p. 64; *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 164 y 2ª ed., pp. 167-8; ADAMOVICH, op. cit., p. 222; uniforme. Comp. BACACORZO, op. ult. cit., art. 64; CREO BAY, HORACIO D., “El abogado en el procedimiento administrativo,” *JA*, 1977-II, 794, § III.

²⁰⁴ *Supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 11, “Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado.” La CSJN *in re Lewkowicz, Fallos*, 315-2: 2762, año 1992, prefirió un más modesto “formalismo moderado,” conf. COMADIRA, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., comentario al art. 1º, § 2.4, p. 58; *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. V, § 3.4, p. 138, nota 427. Es una cuestión de filosofía del derecho, como surge del libro coordinado por TANZI, ARISTIDE, *L’antiformalismo giuridico*, Milán, Cortina, 1999; ver también JUAN LIMA, FERNANDO E., “El informalismo a favor del administrado,” en TAWIL (dir.), *Procedimiento administrativo*, op. cit., pp. 133-143.

²⁰⁵ CSJN, *Maulhardt*, 1993 y *De Soto, Fallos*, 316-2: 1133 y *ED*, 154: 238. En *Salgán, Fallos*, 312-2: 1998, año 1989; con nota de BIDART CAMPOS, GERMÁN, “La corte nulifica sanciones penales impuestas en sede administrativa y debido a la indefensión absuelve a los procesados,” *ED*, 136: 531, se declaró la invalidez del procedimiento, porque no se le hizo saber a los sumariados su derecho a contar con asistencia letrada, que una norma especial imponía. Conf. *Giménez*, CNFed. CA, Sala IV, *ED*, 140: 577, cons. 6º. La CSJN en *Lewkowicz, Fallos*, 315-2: 2762, año 1992, dijo que “en nuestro sistema no existen estructuras sacramentales para los reclamos efectuados por la vía administrativa sino que, por el contrario, se admite el principio del formalismo moderado en que el particular puede actuar sin patrocinio letrado, de tal modo que el propio ordenamiento jurídico es el que ofrece mecanismos de protección para garantizar la defensa en juicio y el debido proceso.”

²⁰⁶ El derecho al patrocinio letrado es parte fundamental de la defensa en juicio, prevista en el art. 18 de la Constitución nacional y existe pese a toda prohibición que pudiera establecerse. Así, la Procuración del Tesoro se pronunció en el sentido que dicho derecho debía ser respetado por las reglamentaciones internas de una fuerza de seguridad, no pudiendo ser considerada una prohibición que lo desconociera, debiendo todo ordenamiento jurídico, incluso el militar, estar subordinado en este aspecto a la Constitución. *Dictámenes*, 212: 90. Doctrina uniforme: Ver entre otros ABERASTURY (H.) y CILURZO, op. cit., p. 51 y ss.

suficiente, que pueden intervenir con asistencia letrada en caso de conflicto de intereses con sus representantes legales.²⁰⁷ Este principio, con todo, ha sufrido confusión en el decreto-ley nacional 19.549/72, art. 1º, inc. f), ap. 1º. Esta norma, en ocasión de reconocer el indiscutido derecho del particular de hacerse “patrocinar y *representar* profesionalmente,” agrega un párrafo poco feliz: “Cuando una norma *expresa* permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del derecho, el patrocinio letrado será obligatorio.”²⁰⁸ ¿Qué se ha querido significar principalmente? a) Que es obligatorio el *patrocinio* letrado en los casos en que el apoderado no sea abogado²⁰⁹ o b) que como principio está *prohibido ser representado* por no abogado o procurador salvo norma reglamentaria expresa y que, como excepción, cuando ocurre esa permisión, es “con cargo” de tener patrocinio letrado. ¿Puede interpretarse esta norma razonablemente como prohibiendo por implicancia la representación por un no profesional del derecho en toda cuestión que signifique debatir derechos o intereses de las partes? Pensamos que, aun a título de interpretación de la norma, no estaríamos en esa tesitura ante una razonable deducción del contexto del inciso, que trata de garantizar *tutela* al individuo antes que imponerle restricciones. A su vez, una norma prohibitiva de esa índole, de existir claramente, sería inconstitucional por arbitraria. Son muchas las minúsculas cuestiones diarias que un padre o madre de familia tiene que tratar con la administración, por los servicios que el Estado presta, los recaudos administrativos que debe cumplir para cada actividad, las variadas cuestiones previsionales, tributarias, de tránsito, municipales, de sanidad, etc., que debe atender.²¹⁰ En todas hay de por medio el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber y por lo tanto un potencial o actual debate o planteamiento de cuestión jurídica. Si interpretáramos la norma como que en todos esos casos, aun de reducido monto patrimonial, prohíbe al individuo hacerse representar por no abogado, o que si se lo permite es a condición de obtener patrocinio letrado, le impedimos de hecho defenderse.

²⁰⁷ Art. 26, 2º párrafo CCC.

²⁰⁸ Sólo “en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas.”

²⁰⁹ Una interpretación parecida en CNFed. CA, Sala II: “La obligación de recurrir al patrocinio letrado la ley lo impone cuando el administrado opta, por su exclusiva voluntad, por actuar ante la Administración por intermedio de un representante en lugar de hacerlo directamente. Sólo ante ese supuesto y cuando se planteen o debatan cuestiones jurídicas, es obligatorio el patrocinio letrado, pero si el interesado actúa personalmente en el procedimiento puede hacerlo sin necesidad de asistencia jurídica alguna.” *Vialco S.A.*, 1980, *JA*, 1981-II, 292.

²¹⁰ Y no se crea tampoco que la gestión personal es fácil. Puede acudir el cónyuge acreditando el vínculo, pero en los servicios públicos exigen que sea “el titular” personalmente, o una carta poder de él autorizando a su cónyuge, más la exhibición del documento de identidad del titular... En un caso se exigió al cónyuge dotado de poder formal, que además llevara una carta-poder y la cédula del titular. Todo esto ocurre por culpa de los órganos de control que nunca se ponen firmes con la administración y sus funcionarios o concesionarios. La respuesta a todo esto ha de ser múltiple, empezando por la actitud indispensablemente batalladora e insistente del particular ante la administración o los servicios privatizados, como explicamos en el t. 7, cap. XVII, “El procedimiento administrativo en la práctica.”

Le convendrá más no plantear debate o cuestión jurídica alguna, no discutir ni defender lo que crea su derecho, que asumir la pesada carga de profesionales del derecho que la ley en tal caso le estaría imponiendo, en desproporción a sus intereses patrimoniales en juego, lo cual es absurdo. Esa ley así entendida sería inconstitucional; y como el texto glosado no es categórico, interpretamos como *potestativo* para el individuo hacerse representar por abogado o no. Sólo excepcionalmente puede caber la exigencia de obligatoriedad de patrocinio letrado.²¹¹

La práctica con razón ha hecho caso omiso de la norma, y jamás se *exige* al particular contar con patrocinio letrado cuando actúa por intermedio de un representante no letrado. A la inversa, a veces se *obstaculiza* la intervención del abogado.²¹²

Una variante intermedia de encarar el problema es exigir el patrocinio sólo en cuestiones que superen determinado monto y crear mecanismos no estatales adecuados para el asesoramiento y defensa de los particulares y de la sociedad misma en las múltiples cuestiones diarias de poco monto económico pero significativa trascendencia social.²¹³ Las oficinas públicas de defensa del usuario y del consumidor cumplen en este aspecto un rol fundamental.²¹⁴

14.2. *Patrocinio no letrado*

Así como hay derecho a hacerse patrocinar por letrado, también lo hay a tener el patrocinio de cualquier otro tipo de profesional: P. ej. contador, ingeniero, etc.,²¹⁵ e incluso personas no profesionales; o tener más de un patrocinante o asesor conjuntamente, p. ej., un abogado y un ingeniero, etc.

14.3. *El patrocinio letrado como garantía constitucional*

En lo que hace al derecho a hacerse patrocinar por letrado, es más rigurosa la obligación administrativa de respetarlo, porque afecta en forma esencial a la defensa del administrado, por lo que toda limitación a dicho derecho debe considerarse inconstitucional.²¹⁶ La acción de amparo es la vía apta para hacer valer el derecho

²¹¹ Conf. GÓMEZ SANCHÍS, *op. cit.*, pp. 610-1; ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 52. Comp. CREO BAY, *op. cit.*, § III; DOCOBO, “La actuación...,” *op. loc. cit.*; HUTCHINSON, *Ley Nacional...*, *op. cit.*, p. 126. Ver también GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1977, pp. 19-25; *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 164 y 2ª ed., p. 167.

²¹² CREO BAY, *op. cit.*, § III. Uno de los tantos ejemplos es negarles el acceso a las actuaciones, como en el caso *Sibura*, fallado correctamente por la Sala II, en 1992, *ED*, 152: 264, con nota.

²¹³ *Infra*, § 14.4, “Conveniencia de exigir el patrocinio letrado.”

²¹⁴ Ver nuestro art. “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos,” *LL*, 2005-A, pp. 818-823.

²¹⁵ En sentido similar VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 47.

²¹⁶ Conf. PADILLA VELASCO, RENÉ, “Documento de Trabajo,” n° 14, Seminario de la UN en Buenos Aires, p. 2; MORELLO, AUGUSTO M. y BIDART CAMPOS, “La defensa en sede administrativa,” *ED*, 142: 705, nota al caso *Calzada*, CSJN, *ED*, 142: 707, año 1991.

a hacerse patrocinar o representar por letrado ante la administración,²¹⁷ ya que aquí se viola tanto la garantía constitucional de defensa del patrocinado, como la garantía del ejercicio de su profesión por el patrocinante o letrado apoderado, ambas cosas de modo claro y manifiesto; ello, sin perjuicio de la procedencia en sede administrativa de la queja.²¹⁸

14.4. *Conveniencia de exigir el patrocinio letrado*

En la actualidad es necesario *exigir* el patrocinio letrado en el procedimiento administrativo, en todo asunto que supere una suma determinada, como así también crear organismos dedicados a la asesoría jurídica y defensa en sede administrativa de los derechos de los particulares que no tengan medios.²¹⁹ En este punto, cabe destacar el resonante caso *Vélez Loor vs. Panamá*²²⁰ en el cual la Corte Interamericana condenó al Estado de Panamá por violación del Pacto de San José de Costa Rica, entre otras cuestiones, por no garantizar la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal en el marco de un procedimiento administrativo en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de la libertad.

No ignoramos que la experiencia de los profesionales que actúan ante la administración no asegura aquellos derechos, por muchas razones.²²¹ Pero es mejor la intervención del profesional —que tiene otras armas psicológicas y legales a emplear—²²² que la pura y simple indefensión del particular. En el presente se avanza hacia exámenes de habilitación profesional para ciertas carreras, lo que

²¹⁷ *Supra*, t. 2, cap. XIII, “La tutela judicial,” § 8, “Las vías de tutela urgente. El amparo.” Ver también nuestro art. “Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución nacional,” LL, 1995-E, 988, reproducido en *Derechos Humanos, op. cit.*, cap. XVII.

²¹⁸ Reglamento nacional, art. 71; Ciudad de Buenos Aires, art. 89.

²¹⁹ CREO BAY, *op. loc. cit.* El antecedente en Estados Unidos de las *Public Law Firms* o *Public Interest Law Offices* podría ser útil: Estudios jurídicos privados o públicos no estatales dedicados a la defensa jurídica de sectores o personas subrepresentadas. Ver GARCÍA TORRES, TRISTÁN, “La creación de servicios jurídicos gratuitos (Una etapa que debemos cumplir en nuestra patria en la lucha por el acceso a la Justicia sin discriminaciones económicas),” LL, 1985-B, 771; BOTASSI, *Procedimiento...*, *op. cit.*, pp. 21-2, nota 27; LÓPEZ FAURA, NORMA, “Objetivos y funcionamiento del consultorio jurídico gratuito para niños y adolescentes del Colegio de Abogados de Pergamino,” en la Revista *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, vol. 18, pp. 281-5.

²²⁰ Corte IDH, *Vélez Loor c/ Panamá*, 23 de noviembre de 2010, Serie C: No. 218, párrs. 145-146. En relación con este tema, ver t. 7, cap. XXII, “El procedimiento para la determinación de la condición de refugiado en la práctica.”

²²¹ Una, la falta de efectivo cumplimiento por la administración a las normas del procedimiento, lo que favorece la arbitrariedad; otra, que la impulsión del procedimiento y todo el control del procedimiento lo hace la administración, sin que el abogado tenga las facultades procesales que tiene en su actuación ante los tribunales; que no siempre son suficientemente conocidos por todos los abogados los principios del derecho administrativo, etc.

²²² Ver *supra*, t. 7, cap. XVII, “El procedimiento administrativo en la práctica,” § 6, “La impulsión personal de las actuaciones.” RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “El procedimiento administrativo en la práctica. Principales cuestiones que se plantean,” en TAWIL, *op. cit.*, cap. XXVIII, pp. 333-327, reproducido en el t. 7, cap. XXII.

luego habrá de extenderse a la rehabilitación. En efecto, también debe mejorarse en forma permanente la capacitación profesional para lo cual es necesario otorgar carácter provisional a la habilitación profesional, como hace tiempo propiciamos para todas las profesiones bajo el control de los colegios profesionales o de órganos mixtos con diversa representación (magistrados, profesores, colegios profesionales, etc.) La supuesta habilitación actual *ad vitam* ha devenido totalmente irrazonable: no existe conocimiento humano alguno, técnico o científico, que sea eterno; todo debe ser constantemente reactualizado pues todo queda constantemente superado. El diploma, por lo demás, no certifica realmente idoneidad profesional ni siquiera a la fecha de su emisión.²²³

14.5. *Patrocinio y representación*

El patrocinante no requiere ser al mismo tiempo *representante* del interesado;²²⁴ en tales casos, cuando se trata de simple patrocinio y asesoramiento, no se requiere mandato expreso.²²⁵ Si el letrado actúa sólo como patrocinante, sus afirmaciones no obligan a la parte.²²⁶ En suma el interesado: *a)* puede actuar por sí, con patrocinio letrado; *b)* por representante, y éste a su vez con o sin patrocinio letrado; *c)* por representante que sea a la vez patrocinante letrado; *d)* por sí, sin representación ni patrocinio; *e)* por sí, con patrocinio no letrado; *f)* por representante no letrado, que en el procedimiento impositivo también puede ser patrocinante.²²⁷

14.6. *Patrocinio letrado obligatorio y costas*

En aquellos casos en que en virtud de norma expresa se obliga al particular a actuar con patrocinio letrado, como admite el decreto-ley nacional que se puede hacer,²²⁸ parece razonable concluir que deja de ser de aplicación la regla conforme a la cual el administrado no puede pedir condena en costas en caso de triunfar en el recurso. Si la administración impone al particular este costo especial del ejercicio de su derecho de defensa, es lógico que sea ella quien cargue con las costas cuando finalmente se resuelve, en sede administrativa o judicial, que le asistía razón al particular y no a ella en el problema debatido. Por ello no compartimos la tesis según la cual las costas no serían regulables en los llamados recursos

²²³ CARRIÓ, GENARO, "Funciones de las Facultades de Derecho en la República Argentina," *RPA*, 2006:3, 7; nuestro libro *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª reimpresión 2001, pp. 68-9; t. 6, libro I, 2ª ed.

²²⁴ HELBLING, *op. cit.*, p. 141; CREO BAY, *op. loc. cit.*

²²⁵ HELBLING, *op. cit.*, p. 141.

²²⁶ HELBLING, *op. loc. cit.*

²²⁷ Ley 11.683, t. o. 1998 y modificaciones, art. 161; GIULIANI FONROUGE y NAVARRINE, *op. cit.*, p. 505; p. 674 de la 6ª ed.; ampliar *infra*, § 14.7.

²²⁸ Decreto-ley nacional, art. 1º, inc. *f*), ap. 1º; CABA, art. 22, inc. *f*), ap. 1º, La Pampa, art. 12, inc. *a*) del decreto-ley 951.

directos.²²⁹ A la inversa, si el administrado ha optado libremente por hacerse patrocinar por letrado, o representar y patrocinar por letrado cuando ninguna norma lo obligaba expresamente, entonces se mantiene en pie la regla de que no procede pretender la condena en costas de la administración aun cuando el recurso sea resuelto favorablemente²³⁰ a sus pretensiones en cuanto al fondo.²³¹

14.7. *Patrocinio letrado en el procedimiento impositivo*

En el procedimiento impositivo en algunos casos queda expedita directamente la vía judicial²³² y en otros puede ocurrirse previamente al Tribunal Fiscal de la Nación, quedando luego abierto un recurso de apelación ante la Cámara Nacional en lo Contenciosoadministrativo federal.²³³ En aquella parte que se tramita ante el Tribunal Fiscal, la ley 11.683 exige patrocinio profesional, como regla, pero tanto de profesionales del derecho como de ciencias económicas, imponiéndose además costas al vencido.²³⁴ Si bien la actuación de profesionales no letrados parece ser admisible en punto a representación de los contribuyentes, resulta sin embargo ligeramente anacrónico y asistemático no exigir simultáneamente patrocinio letrado, sobre todo considerando que sustitutiva²³⁵ o posteriormente²³⁶ de dicha actuación ante el Tribunal Fiscal, puede producirse la exclusiva intervención de los profesionales del derecho. Otra variante, la de admitir la actuación de los profesionales de ciencias económicas ante la justicia en asuntos tributarios, ha sido rechazada por la jurisprudencia en el estado actual de la legislación.²³⁷

²²⁹ CNFed. CA, Sala I, *Banco de Ultramar S.A. c. Resolución 24/85 del BCRA, ED*, 121: 661, año 1985, que critican con razón ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 53, nota 33.

²³⁰ Es distinto el caso de los licenciarios de servicios públicos. Ver CNFed. CA, Sala III, *Lecuona*, con nota de SCHAFRIK, FABIANA H., "Reflexiones acerca de la legitimación activa procesal y los alcances de la sentencia," *RDA*, Buenos Aires, 2003, pp. 189-196.

²³¹ En tal sentido CNFed. CA, Sala II, *Vialco S.A., JA*, 1981-II, 292, año 1980, con nota de YMAZ COSSIO, ESTEBAN RAMÓN, "Costas en el procedimiento administrativo."

²³² Según el art. 74 del D. 1397/79, si el contribuyente interpone recurso de reconsideración ante el Director General, con ello agota la vía administrativa y queda expedita *solamente* la vía judicial; no cabe por tanto en tales casos ocurrir posteriormente ante el Tribunal Fiscal.

²³³ Ampliar en GIULIANI FONROUGE y NAVARRINE, *op. cit.*, p. 587 y ss.; 6ª ed., p. 758.

²³⁴ Ley 11.683, t. o. 1998 y modifs., arts. 161 y 184 *in fine*. Las costas se regulan conforme el arancel profesional de abogados y procuradores, aún tratándose de no profesionales del derecho. Ver GIULIANI FONROUGE y NAVARRINE, *op. cit.*, p. 570; 6ª ed., p. 741. Sin perjuicio de su dudosa constitucionalidad, en la Prov. de Buenos Aires, para presentarse ante el Tribunal Fiscal con patrocinio letrado, se requiere pagar el 2 por mil del valor cuestionado, por imposición del art. 12 inc. g) de la ley 6.716 (ley previsional para abogados) y por el art. 9º inc. 6º del Reglamento de Procedimiento del Tribunal Fiscal de Apelación.

²³⁵ El caso del art. 74 del decr. 1397/79.

²³⁶ En el recurso de apelación ante la CNFed, art. 86 y ss. de la ley 11.683, t. o. 1998.

²³⁷ CSJN, *Fallos*, 271: 200, *S.R.L. Bertolo*, 1968; GIULIANI FONROUGE y NAVARRINE, *op. cit.*, p. 505; 6ª ed., p. 676.

15. *Asistencia jurídica*

En el estado de bienestar,²³⁸ máxime en estado de emergencia²³⁹ crece la importancia de la asistencia oficial de las personas carentes de recursos²⁴⁰ en materia jurídica. En el caso del inmigrante irregular,²⁴¹ la ley le reconoce el derecho a recibir “orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria”²⁴² También tiene derecho a ser asistido “por empleadores, sindicatos u otros órganos o instituciones”²⁴³ y por ende la administración pública, respecto a “Los requisitos establecidos para su admisión, permanencia y egreso”²⁴⁴ y “Cualquier otra cuestión que le permita o facilite cumplir formalidades administrativas o de otra índole en la República Argentina.”²⁴⁵ Quienes “carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden o hablan el idioma oficial.”²⁴⁶ Por lo demás, en las restricciones a la capacidad, la nueva normativa civil y comercial contempla que la persona tiene derecho a participar en procesos judiciales con asistencia letrada, la cual debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios.²⁴⁷

²³⁸ Ampliar *supra*, t. 1, cap. III, “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo,” sección III, “Bases sociales del derecho administrativo. Estado de derecho y estado de bienestar.”

²³⁹ Ver *supra*, t. 1, cap. IV y sus referencias. Ahora la ruina es perpetua, como lo explicamos en “La constitucionalidad formal...,” *RPA* 2006-2: 59-104, reproducido en el t. 7, cap. XII. Ver PÉREZ HUALDE, “La postergación...,” *op. loc. cit.*

²⁴⁰ Ver t. 1, cap. III, § 24, “La libertad en el Estado de Bienestar.” En la Provincia de Buenos Aires el art. 15 de la Constitución garantiza la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes; el art. 39.3 asimismo la asegura en materia laboral y de seguridad social, siguiendo la misma línea el nuevo Código del Consumidor y del Usuario, ley 13.133.

²⁴¹ Cuyo régimen analizamos en “El inmigrante irregular en la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino,” *op. cit.*, pp. 1-4. En el caso de refugiados, ver t. 7, cap. XXII, “El procedimiento para la determinación de la condición de refugiado en la práctica.”

²⁴² Art. 8°, *in fine*.

²⁴³ Art. 9°, *in fine*.

²⁴⁴ Art. 9°, inc. b).

²⁴⁵ Art. 9°, inc. c).

²⁴⁶ Art. 86.

²⁴⁷ Art. 31, inc. e) CCC.

