

## Capítulo XI

### RECURSO DE ALZADA

#### 1. Terminología

El recurso de alzada, conforme la denominación actual,<sup>1</sup> antes se llamaba recurso jerárquico impropio.<sup>2</sup> En el derecho comparado a veces se usa la expresión “recurso de alzada” como sinónimo de “recurso jerárquico” y entonces el “recurso de alzada *impropio*” corresponde a lo que aquí ahora se llama recurso de alzada a secas.<sup>3</sup> Dado que en nuestro derecho no hay lugar a confusiones por el empleo de una u otra denominación, su uso nos resulta indistinto. En las dos primeras ediciones de *Procedimiento y recursos administrativos* (1964 y 1971) utilizamos la expresión “recurso jerárquico impropio,” que era la entonces predominante. Atenta la nueva estipulación normativa, la utilizamos desde la 3ª ed.<sup>4</sup> Pero no sólo la denominación cambia: Su amplitud y procedencia evoluciona restrictivamente, lo que consideramos una tendencia positiva que conducirá a su supresión.<sup>5</sup> El “recurso ordinario o de alzada” de la ley española 30/1992 (denominado “recurso

<sup>1</sup> SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1974, 4ª ed., actualizada por DANIEL H. MARTINS, p. 474; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 144; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Procedimiento administrativo y recurso jerárquico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 143-4; *Manual de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1968, p. 1017; ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, 1967, p. 419; *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 352.

<sup>2</sup> Denominación que criticaban FIORINI, *op. loc. cit.* y ESCOLA, *op. loc. cit.*

<sup>3</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, p. 815; COURBE-COURTEMANCHE, NICOLE, *Les recours contre les actes administratifs en droit espagnol*, Madrid, 1960, p. 80.

<sup>4</sup> Lo explicamos *infra*, § 2, “Competencia.”

<sup>5</sup> Bolivia, arts. 56 a 69; Colombia, 50; Perú, 207 inc. 1º aps. a), b) y c), incluye el recurso de alzada, estableciendo que son actos que agotan la vía administrativa, impugnables judicialmente en forma directa: “Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales” (218 inc. 2º ap. e): DANÓS ORDOÑEZ, JORGE; VIDAL PERDOMO, JAIME; ROJAS, JUAN FRANCISCO; ESPINOSA-SALDAÑA, ELOY; PEREIRA BARRERA, ROBERTO; SANTOFIMIO, JAIME ORLANDO; TIRADO, RICHARD MARTIN y MORÓN URBINA, JUAN CARLOS, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general. Ley N° 27.444*, Lima, ARA, 2001. En contra Venezuela, art. 96.

de alzada” desde la ley 4/1999), de carácter preceptivo y no facultativo, no guarda similitud con nuestro recurso de alzada nacional.<sup>6</sup> Si bien estos comentarios pueden resultar confusos al lector no informado de ambos ordenamientos, advierten del cuidado a tener en la comparación con el derecho español. Algo parecido ocurre con otras instituciones ibéricas, como el “amparo” que en realidad es pariente foráneo de nuestro “recurso extraordinario” y nada tiene que ver con lo que aquí denominamos acción de amparo. Normalmente hubiéramos omitido este tipo de aclaración, pero dada la hermandad de ambos sistemas parece necesario puntualizar algunas de las diferencias más llamativas, a modo de advertencia.

## 2. Competencia

### 2.1. No existe jerarquía

La doctrina es uniforme en señalar que no existe relación jerárquica<sup>7</sup> entre la administración central y los entes descentralizados, lo que implica diversas consecuencias jurídicas. Así, la administración central no tiene potestad de avocación<sup>8</sup> o de emitir órdenes concretas o instrucciones.<sup>9</sup> Además, aun procediendo la alzada, las normas y la doctrina la limitan clásicamente a sólo cuestiones de legitimidad<sup>10</sup> y ponen en tela de juicio la facultad de reforma o sustitución del acto impugnado. La doctrina comparada considera anormal esta forma de tutela de la administración central sobre los actos de los entes descentralizados. Es en ese marco restrictivo del sistema clásico que cabe apreciar su posterior evolución, estado actual y prospectiva. Sin embargo, cabe reparar en que ciertas medidas gubernamentales parecerían adoptar una interpretación francamente contraria a lo dicho, centralizadora del control, incluso con agravio a la jerarquía de normas.<sup>11</sup>

### 2.2. Tendencia hacia el decreciente nivel jerárquico para resolver la alzada

La cuestión de quién resuelve el recurso de alzada viene lenta pero firmemente modificándose en el tiempo, en el sentido de otorgarse competencia para su re-

<sup>6</sup> GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, JOSÉ MARÍA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la ley 30/1992)*, Madrid, Civitas, 1995, 2ª ed., p. 248 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, t. II, Madrid, Civitas, 1997, p. 1753 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, p. 555 y ss.

<sup>7</sup> Entre otros, recientemente, BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 689.

<sup>8</sup> *Supra*, t. 1, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 11, “La avocación” y 12, “La jerarquía.”

<sup>9</sup> AGUILAR VALDEZ, OSCAR, “El recurso de alzada,” en TAWIL, GUIDO S. (dir), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 374: “excluye —como principio— que ésta esté sujeta a ordenes o instrucciones de la administración central.”

<sup>10</sup> *Supra*, t. 1., cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 12, “La jerarquía.”

<sup>11</sup> Ver BOULLAUDE, GUSTAVO, “Un paso atrás en la independencia funcional de los organismos de control de servicios públicos de competencia nacional,” *RDA*, 2006, 57: 846-55.

solución, cuando es procedente, a órganos de sucesivamente menor jerarquía.<sup>12</sup> La solución primigenia fue que la decisión del recurso correspondía al Poder Ejecutivo.<sup>13</sup> En 1972 se comenzó a admitir que “una norma expresa” podía acordar esta competencia a otro órgano de la administración;<sup>14</sup> en 1973 se facultó a los ministros en la tendencia de evitar la intervención presidencial.<sup>15</sup> En 1991 se autorizó también a los secretarios de la Presidencia, cuando los entes actuaran en ese ámbito.<sup>16</sup> Se advierte así cómo va perdiendo progresivamente vigencia el argumento que fundaba la alzada en las facultades constitucionales implícitas del Poder Ejecutivo. Ello es obvio si el P.E. puede admitir que una resolución ministerial habilite la instancia judicial obviando su participación, a su juicio ninguna cuestión constitucional se lo impide. Es la doctrina de los actos propios.

La tendencia seguirá bajando el nivel de decisión, primero para dejarlo en manos de los Secretarios o Subsecretarios de Estado,<sup>17</sup> quedando allí expedita la vía judicial si el particular optó, innecesariamente, por seguir la vía administrativa,<sup>18</sup> el destino final de este medio de impugnación puede ser su desaparición.

### 2.3. Tendencia normativa a la supresión de la alzada

El paso siguiente es eliminar la alzada y habilitar directamente la revisión judicial, como en EE.UU., lo cual tiene ventajas políticas y administrativas tanto para el titular del Poder Ejecutivo y sus ministros y secretarios, como para la salud del país, al fortalecer el control judicial.<sup>19</sup>

<sup>12</sup>MATA, ISMAEL, “El recurso de alzada contra las decisiones de los entes reguladores de servicios públicos,” en UA, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, pp. 888-98, esp. p. 890; GORDILLO, AGUSTÍN y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed., p. 542.

<sup>13</sup>Decr. 7.520/44; PTN, *Dictámenes*, 61: 52; ESCOLA, *Tratado teórico-práctico...*, op. cit., p. 436; nuestro *Procedimiento y recursos administrativos*, ed. de 1964, p. 195; ed. de 1971, p. 470.

<sup>14</sup>Según el viejo art. 96: “El Poder Ejecutivo será competente para resolver el recurso de alzada, a menos que una norma expresa acuerde esa competencia a otro órgano de la Administración.”

<sup>15</sup>Decr. 1744/73, que sustituye el art. 96 de la reglamentación por el siguiente: “El Ministro en cuya jurisdicción actúa el ente autárquico, será competente para resolver en definitiva el recurso de alzada.” Todavía el decreto 1383/74 acordó esa facultad en algunos casos a la Corporación de Empresas Nacionales, luego suprimida; ver MATA, op. cit., pp. 888-98, esp. p. 890.

<sup>16</sup>Con las modificaciones del decr. 1883/91, el art. 96 queda redactado así: “El ministro o secretario de la Presidencia de la Nación en cuya jurisdicción actúe el ente autárquico, será competente para resolver en definitiva el recurso de alzada.”

<sup>17</sup>P. ej., art. 76 del decreto 1398/92, que establece que los recursos de alzada contra las resoluciones del ENRE serán resueltos, en definitiva, por la Secretaría de Energía Eléctrica.

<sup>18</sup>Según Mata el plazo de 90 días hábiles judiciales es perentorio y se aplica en ambos casos: MATA, “Los plazos en el procedimiento administrativo,” en AA.VV., *Procedimiento y proceso administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pp. 151-9, esp. p. 154.

<sup>19</sup>Se trata en nuestro país p. ej. de los tribunales de defensa de la competencia y también de las autoridades de tutela del usuario o consumidor, cuyos actos en sede administrativa “son decisiones últimas, no susceptibles de ser revisadas por una autoridad superior y sólo atacables en sede judicial, descartándose por ende los recursos jerárquico y de alzada.” BERSTEN, HORACIO LUIS, *Derecho Procesal del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 50.

Merece destacarse la discusión que generó en la Ciudad de Buenos Aires la ley reglamentaria del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos que en su primera versión (ley 99), vetada por el Jefe de Gobierno, excluía la revisión en alzada. La nueva ley 210, promulgada sin observaciones, establece correctamente la improcedencia de la alzada (art. 23). Finalmente prosperó, en consecuencia, la tesis que aquí recogemos, que no es otra que la del derecho estadounidense.<sup>20</sup>

En tal sentido cabe destacar el creciente número de leyes que prevén un recurso judicial directo contra la decisión del ente descentralizado o autárquico, o autoridad regulatoria independiente. A veces dejan la alzada como optativa (ENRE, ENARGAS)<sup>21</sup> y en otras lisa y llanamente la excluyen. Así las Universidades Nacionales,<sup>22</sup> el B.C.R.A.,<sup>23</sup> los actos del ENARGAS que resuelven controversias, etc. Todo ello apunta hacia la extinción del recurso de alzada. En la misma línea se insertan órganos<sup>24</sup> o entes como la Comisión Nacional de Valores, la Inspección General de Justicia, el Tribunal Administrativo de la Navegación, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia,<sup>25</sup> SIGEN, AFIP, Tribunales Arbitrales de Consumo, etc. Tengan o no personalidad jurídica propia y trátase en consecuencia de la alzada o el recurso jerárquico, una cosa parece clara: no es concebible la revisión de sus actos por la administración central y sólo están sometidos a control judicial.<sup>26</sup> Se sigue fortaleciendo la tendencia a crear organismos, con o sin personalidad jurídica, claramente independientes del control del Poder Ejecutivo.

Por su parte el art. 13 de la ley de ministerios 25.233, al crear la oficina Anti Corrupción le da las mismas atribuciones que la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas establecidas en los arts. 26, 45 y 50 de la ley 24.946. En ese contexto, un recurso jerárquico o de alzada es improcedente.<sup>27</sup> Lo mismo cabe decir de la Comisión Nacional de Ética Pública, que ha sido creada en el ámbito

<sup>20</sup> *Infra*, § 7, “Conclusión. El precedente de los EE.UU.” Ver MATA, “El recurso de alzada contra las decisiones de los entes reguladores de servicios públicos,” *op. cit.*, pp. 888-98, esp. p. 891.

<sup>21</sup> Ampliar en MATA, “El recurso de alzada...,” *op. cit.*, pp. 888-98.

<sup>22</sup> Hoy la alzada contra los actos de las universidades parece insostenible, en la nueva Constitución y el nuevo sistema de fractura del poder (t.1, cap. III).

<sup>23</sup> Arts. 42 y 47 de la ley 21.526 de entidades financieras.

<sup>24</sup> Obviamente, si hablamos de un órgano de la administración central el uso semántico correcto es que no procede el recurso jerárquico. Pero aquí la diferencia es sólo verbal, pues analizamos casos en que, trátase de recurso jerárquico o de la alzada, lo cierto es que no procede revisión alguna por el Poder Ejecutivo, ni sus ministerios, etc. Sólo procede la revisión judicial directa.

<sup>25</sup> Ley 25.156, que cambia el criterio del decreto-ley 22.262 (art. 26). Ver VERGARA DEL CARRIL, ÁNGEL D., “Nuevo régimen de Defensa de la Competencia. Introducción del control de concentraciones,” *ED*, 186: 1062, § 5. La “apelación” judicial tiene un plazo de 15 días, art. 53. El art. 57 excluye la aplicación del decreto-ley 19.549/72 y con él, la alzada o el recurso jerárquico.

<sup>26</sup> Ampliar en GORDILLO y DANIELE, (dirs.), *op. cit.*, p. 549 y jurisprudencia administrativa allí citada. Hay doctrina que postula que se admita la impugnación administrativa sin perder el plazo para acudir a la justicia.

<sup>27</sup> Nos parece que el único sentido que puede darse a la ley 25.233 es que funcionalmente esa oficina es independiente de la administración pública, como lo fue legalmente la Fiscalía. Ver también BIANCHI, ALBERTO, “La Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas (Funcionamiento y pautas para su reforma),” *ED*, 107: 849.

del Congreso de la Nación como órgano independiente.<sup>28</sup> El criterio es el mismo para la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo de la Nación, etc. Todos ellos son independientes incluso del Poder Legislativo en cuanto al recurso de alzada. Por ahora se pueden encontrar explicaciones puntuales respecto a la no ingerencia gubernamental en las decisiones de estos entes y su sola sumisión al control judicial, pero lo cierto es que se insertará en una tendencia general, nacional y comparada, a la supresión misma de la alzada y la creación de tribunales administrativos independientes para que dicten, sujeto a control judicial suficiente y adecuado, el primer acto administrativo. En esta hipótesis estarán dadas las condiciones objetivas para que ese primer acto respete los principios del debido proceso adjetivo y sustantivo, con la suficiente razonabilidad de criterio como para que la justicia no tenga que estar siempre enmendando los permanentes errores de una administración signada por la improvisación, la subjetividad, los amigos y enemigos del poder de turno, etc. Estimamos que con el tiempo la solución habrá de generalizarse, en el interés de la sociedad y del propio gobierno.<sup>29</sup> Otros supuestos de exclusión de la alzada en razón del sujeto son los siguientes:

### 2.3.1. *La evolución en materia de Universidades nacionales*<sup>30</sup>

Un decreto-ley —declarado inconstitucional— prohibió la alzada ante el Poder Ejecutivo. El decr. 1883/91 la admitió “incluidas las universidades nacionales.” Pero la reforma constitucional de 1994 estableció en su art. 75 inc. 19 “la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.”<sup>31</sup> La ley 24.521 resuelve que la autonomía universitaria importa la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo o el ministerio entiendan en la resolución de tales recursos, lo cual, por supuesto, es la única solución constitucional. Contra las resoluciones definitivas de las uni-

<sup>28</sup> Ley 25.188, art. 23.

<sup>29</sup> No han advertido nuestros juristas la utilidad política de ese sistema.

<sup>30</sup> Ver GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, p. 544; CSJN, *U.B.A. c/ Gobierno Nacional, Fallos*, 314-1: 570, año 1991; *ED*, 142: 572, con notas de BIDART CAMPOS, “La autonomía universitaria y la revisión de las decisiones universitarias por el Poder Ejecutivo;” CANOSA, “Un fallo esperado. La autonomía universitaria,” *ED*, 142: 576; TAWIL, GUIDO S., “El decreto 1111/89 y el control de legitimidad de los actos dictados por las universidades nacionales,” *LL*, 1990-A, 1121; QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, “La autonomía universitaria,” *LL*, 1987-B, 724; COLAUTTI, CARLOS E., “Una valiosa disidencia (A propósito del fallo *Universidad de Buenos Aires c/ Estado nacional*),” *LL*, 1991-E, 136; BIANCHI, “El viejo problema de la autonomía universitaria en un fallo de la Corte Suprema con balcones a la polémica (Un *holding* que parece *obiter* y un *obiter* que parece *holding*),” *RDA*, 6: 131; GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “Organización administrativa y autonomía universitaria,” en HUTCHINSON, TOMÁS (dir.), *Colección de Análisis Jurisprudencial. Elementos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, § III a V, pp. 258-64, que comenta el fallo de la CSJN, *Ministerio de Cultura y Educación c/ Universidad Nacional de Luján* (27-V-99);

<sup>31</sup> Conf. CASARINI, LUIS E., “Dos interesantes fallos de la Corte Suprema y un nuevo rumbo en materia de universidades nacionales y su status jurídico (¿Y la disidencia de Fayt se ‘hizo mayoría’...?),” *JA*, 2004-I, pp. 58-69; LORENZUTTI, JAVIER I., “Responsabilidad subsidiaria del Estado por las Universidades Nacionales,” *RAP*, 330: 37-43; GONZÁLEZ DEL GESSO, MARÍA V., “La naturaleza jurídica de las universidades nacionales en un reciente fallo de la Corte. Un giro de ciento ochenta grados en la jurisprudencia del Alto Tribunal,” *RDA*, 16: 402-11.

versidades *sólo* podrá interponerse recurso directo ante la Cámara Federal.<sup>32</sup> No compartimos la opinión de HUTCHINSON, que admite el recurso en la “hipótesis de algún proceder manifiestamente arbitrario, pues estos criterios corresponden al esquema constitucional anterior a 1994,”<sup>33</sup> ni otras opiniones más omnicomprendivo para admitir la alzada en ausencia de norma expresa.<sup>34</sup> Era una buena solución en otros tiempos, hoy disvaliosa ante el crecimiiento hegemónico del P..

### 2.3.2. *Casos en que la Nación no es parte*

En las corporaciones en que la Nación no es parte, como p. ej. el Consejo Federal de Inversiones,<sup>35</sup> no procede el recurso de alzada contra sus actos.<sup>36</sup>

### 2.3.3. *Provincias y municipios*

No procede contra los actos de Provincias, aún si el gobierno de la provincia es transitoriamente ejercido por un interventor federal,<sup>37</sup> ni de las municipalidades locales, cuyos actos administrativos tampoco dan lugar al citado recurso.<sup>38</sup>

## 2.4. *Tendencia a la inadmisibilidad de la alzada*

### 2.4.1. *Entes interjurisdiccionales*

Con los entes interjurisdiccionales formados por personas públicas de distinta jurisdicción (Provincias, Municipios con o sin la Nación), la cuestión reviste

<sup>32</sup>CANOSA, *op. cit.*, p. 217 y ss., esp. p. 220; GALLEGOS FEDRIANI, PABLO, “La nueva ley universitaria y el recurso de alzada,” *LL*, 1996-B, 896; GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, “Autonomía Universitaria: con cautela resguardada,” *LL*, 1996-D, 221.

<sup>33</sup>HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1998, 4ª ed., p. 357. Por lo expuesto, no compartimos ese criterio: En la jurisprudencia, quien interpone la alzada puede perder la vía judicial, ya que ella ha interpretado que el plazo de impugnación judicial sigue corriendo; es una solución en detrimento del propio recargo de tareas del Poder Judicial, que sirvió para quitarse un expediente a costa de invitar a una miríada más. Ver GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 2000, § 55, p. 133, “El recurso de alzada no interrumpe el plazo para la acción judicial,” nota a *Pereyra de Ferreira* (CFApel Resistencia, *LL*, 1997-A, 99). La Sala III de la Cámara Federal de La Plata devolvió fugazmente a la vida al recurso de alzada en el ámbito universitario en *Larcamón*, apartándose de la evolución normativa en la materia: GARCÍA SANZ, “Autonomía universitaria: ¿camino a una nueva jurisprudencia de la CSJN?” *JA, Suplemento de Derecho Administrativo*, 2004-I.

<sup>34</sup>BARRAZA, JAVIER INDALECIO, “El recurso de Alzada,” *RAP*, 367:47.

<sup>35</sup>Organismo creado por las provincias en 1959 para promover el desarrollo armónico del país y sus regiones; sus fondos provienen de la coparticipación.

<sup>36</sup>En alguna ocasión el C.F.I. fue intervenido por la Nación, p. ej. en 1966 y por decreto-ley 16.964/66 quedó incorporado al sistema nacional de planeamiento (ver nuestro libro *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, p. 447 y ss.), pero aun así el recurso de alzada no fue declarado procedente: la solución y el problema, en esto, es igual a lo que ocurre en materia de intervenciones federales en las Provincias, que comentamos *infra*, § 2.3.3.

<sup>37</sup>Tampoco procede contra los actos de los gobernadores de Provincia: ver p. ej. el decr. 24.999/48.

<sup>38</sup>PTN, *Dictámenes*, 94: 48; BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Las empresas públicas en el derecho comparado*, Caracas, 1967, p. 249; ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, t. I/1, Madrid, Tecnos, 1998, 12ª ed., p. 274, nota 3.

alguna complejidad. Algunos de estos entes asumen formas de derecho público, como corporaciones públicas estatales,<sup>39</sup> en tanto otros se organizan bajo formas de sociedad anónima o específicamente sociedad del Estado como es el caso del CEAMSE.<sup>40</sup> Es clara la improcedencia de la alzada en el caso de COIRCO, Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (decreto-ley 21.611/77); AIC, Autoridad Interjurisdiccional de las Cuencas de los ríos Limay, Neuquén y Negro (23.896); COREBE, Comisión Regional del Río Bermejo (22.697), que fueron aprobados por leyes o decretos-leyes provinciales. El decr. 200/00,<sup>41</sup> art. 1º, inc. 13, contempla la alzada solamente para los entes “de su jurisdicción,” por ende no los interjurisdiccionales. Parece la solución correcta, desde el punto de vista constitucional.

#### 2.4.2. *Personas no estatales*

En cuanto a las entidades no estatales cuya función eventualmente pública llevase a admitir que dicten algunos actos administrativos, se discute si contra tales casos procede o no la alzada.<sup>42</sup> Por nuestra parte, si bien consideramos que pueden dictar actos administrativos, sostenemos en la actualidad que contra tales actos sólo procede la vía judicial. Dado que estamos propiciando la tesis restrictiva de la alzada contra entes estatales descentralizados, con mayor razón entendemos que ella es inadmisibles respecto de personas públicas no estatales, aunque dicten actos administrativos. El creciente intervencionismo controlador del Estado en empresas privadas va a contrario de las tendencias contemporáneas en el mundo desarrollado, por lo que mal se puede proponer su expansión. En el derecho local argentino el recurso se admite en la Ciudad de Buenos Aires, Corrientes, Formosa, La Rioja, Mendoza, Neuquén y Salta.<sup>43</sup> No ocurre lo mismo en el orden nacional.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> Ver nuestro libro *Empresas del Estado*, *op. cit.*, cap. V, p. ej. la Corporación del Mercado Central de Buenos Aires, aprobada a nivel de la Nación (uno de sus socios al igual que la Provincia y la Ciudad) por el decreto-ley 17.422/67.

<sup>40</sup> Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado, creada por acto de las tres jurisdicciones: Las leyes 8782 y 8981 de la Provincia de Buenos Aires, la Ordenanza 33.691 de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y el decr. nacional 3457 / 77.

<sup>41</sup> B.O. 9-III-00.

<sup>42</sup> Ver *supra*, t. 3, cap. I, § 11, “El acto administrativo —y no los contratos administrativos— de entes no estatales,” 12, “Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales,” esp. § 12.4, “Sociedades del Estado.” Ampliar y comparar MAIRAL, *Control...*, *op. cit.*, p. 329; CANOSA, *op. cit.*, p. 158; ABERASTURY (H.), PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 158.

<sup>43</sup> HUTCHINSON, *Las corporaciones profesionales*, Buenos Aires, FDA, 1982; Corrientes, arts. 2º y 88 del decreto-ley 3460/79; Formosa, decreto-ley 584/78; La Rioja, arts. 1º y 184 del decreto-ley 4044/81; Mendoza, decreto-ley 3918, que modifica así el decreto-ley 3.909/73; Neuquén, art. 1º del decreto-ley 37/81; Salta, art. 1º y 184 del decreto-ley 5348/78; Ciudad de Buenos Aires, arts. 1º y 113 del decr. de 1510/97, RAP, 230: 93, Buenos Aires, 1997. El art. 1º dice: “Las disposiciones de esta ley se aplicarán [...] a los entes públicos no estatales en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes de la Ciudad de Buenos Aires.”

<sup>44</sup> Como lo explicamos en el § 3.6, “Órganos o entes con procedimientos especiales pseudo-jurisdiccionales en sede administrativa.”

### 2.4.3. Otros casos

Los actos del *Stud Book* del Jockey Club de Buenos Aires<sup>45</sup> no hacen procedente el recurso de alzada, lo mismo que los entes cooperadores que administran fondos para estatales bajo leyes especiales (colegios públicos, etc.). Se se ha denegado también la procedencia del recurso contra actos de la Comisión Argentino-Alemana, decreto-ley n° 15.365/57,<sup>46</sup> por ser un organismo ajeno a la administración pública.<sup>47</sup> Tampoco procede la alzada contra los actos de personas públicas no estatales como el C.P.A.C.F., ni contra los actos de concesionarios o licenciarios<sup>48</sup> y a veces ni siquiera de los entes reguladores.<sup>49</sup>

### 2.5. Derecho comparado

En el derecho comparado es predominante la tesis de que el recurso de alzada no es admisible en ausencia de norma legal expresa,<sup>50</sup> a lo que algunos agregan implícita.<sup>51</sup> A ello cabe agregar la trascendente circunstancia de que hasta la doctrina comparada contemporánea más destacada ha tenido oportunidad de criticar agudamente la visión local de alguna doctrina y jurisprudencia respecto al recurso administrativo previo obligatorio antes de la revisión judicial.<sup>52</sup> Nuestra antigua doctrina administrativa la fundaba en el control constitucional del Poder

<sup>45</sup> Ley 20.378 y decr. 4827/73 reglamentario.

<sup>46</sup> Decreto-ley 15.365/57, art. 10; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, 5ª ed., p. 722.

<sup>47</sup> MARIENHOFF, t. I, *op. cit.*, p. 666, quien reafirma así su criterio de que no hay actos administrativos de entidades no estatales, t. II, *op. cit.*, 1ª ed, p. 251; hemos expresado la opinión afirmativa *supra*, t. 3, cap. I, § 11, “El acto administrativo —y no los contratos administrativos— de entes no estatales” a § 13, “Clubes de campo y barrios cerrados.”

<sup>48</sup> Ampliar en CANOSA, *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 95 y nota 69; PERRINO, PABLO, “El régimen del agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense.” *ED*, 184: 825, 856.

<sup>49</sup> Así en la Provincia de Buenos Aires, según se desprende de PERRINO, *op. cit.*, pp. 854-8. Ver también *supra*, texto y nota 16, para el sistema nacional.

<sup>50</sup> GARRIDO FALLA, t. III, *op. cit.*, p. 151; SERRANO GUIRADO, “El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado,” *RAP*, 10: 154, Madrid, 1953; BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, “Recurso contra decisiones de entidades autárquicas institucionales,” *RAP*, 18: 162, Madrid, 1955; GUICCIARDI, ENRICO, *La giustizia amministrativa*, Padua, CEDAM, 1957, 3ª ed., pp. 124-6; LESSONA, SILVIO, *La giustizia amministrativa*, Bologna, 1955, p. 47; SALEMI, GIOVANNI, *La giustizia amministrativa*, Padua, 1952, pp. 34 y 41-2. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, Abella, 1969, 2ª ed., p. 255; *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, p. 815; PUCHETI, ANTONIO CORRADO, *Il ricorso gerarchico*, Padua, 1938, pp. 213-4.

<sup>51</sup> BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Natureza e regime jurídico das autarquias*, San Pablo, 1967, p. 456, admite la previsión legal implícita del recurso, p. 458; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 475: “Mientras que el recurso jerárquico, por ser un atributo propio de la jerarquía, se considera implícito en toda organización centralizada, este recurso de alzada requiere textos expresos o, al menos, textos que implícita pero necesariamente supongan su existencia.” ESCOLA, *Tratado teórico-práctico...*, *op. cit.*, p. 429, “si no existe una ley que especialmente lo establezca, igualmente procederá el recurso de alzada contra los actos de los entes autárquicos, el cual será resuelto por el Poder Ejecutivo, como órgano superior de la administración.”

<sup>52</sup> Ver el magnífico libro de POLICE, ARISTIDE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 83-8.

Ejecutivo, que es uniformemente considerado como un órgano unipersonal. Al no intervenir ya más el Poder Ejecutivo, el argumento desaparece y al contrario se fortalece la independencia del ente frente a los agentes de la administración central carentes de aquel rango constitucional. Entre nosotros, por ello, hoy en día también ha comenzado a fortalecerse una tendencia desfavorable a la alzada contra los entes descentralizados. Es que si la ley de creación quita competencia a la administración central en determinado sector, se requiere texto al menos razonablemente implícito para interpretar excepciones a tal restricción de la competencia. Procede pues la revisión judicial directa, como en el derecho estadounidense.<sup>53</sup> Esta opción guarda mayor arreglo con la regla del acceso a la jurisdicción.

## 2.6. *El cambio constitucional de 1994*

La Constitución de 1994 arrastra todavía algo de la vieja fraseología que instituía al Presidente como “el jefe supremo de la Nación, jefe de gobierno y responsable político de la administración general del país”<sup>54</sup>

Ello mantiene el cada vez más débil debate doctrinario que, con aquel sustento, postulaba que el contralor del Poder Ejecutivo sobre los entes autárquicos *es de índole constitucional*, por lo que no necesita que una norma expresa lo acuerde para ser procedente.<sup>55</sup> Incluso, pudo sostenerse en aquel tiempo que el recurso era procedente aunque una norma legislativa quisiera expresamente excluirlo, si dicha exclusión constituía una irrazonable restricción a las facultades de contralor del Poder Ejecutivo.<sup>56</sup> Pero no es ésa la tendencia constitucional actual y futura, con el crecimiento de entes regulatorios independientes, universidades autónomas, tribunales administrativos y arbitrales, etc., y la moderna tendencia hacia la *fractura*, no la *concentración* del poder.

## 2.7. *Procedencia en ausencia de norma legal expresa*

En nuestro derecho la cuestión se planteó originariamente en 1934, al año siguiente de haberse dictado el decr. 20.003/33, que creó el recurso jerárquico sin aclaración de su procedencia o improcedencia respecto de actos de entes autárquicos.

<sup>53</sup> En esa posición Ampliar *infra*, § 7, “Conclusión. El precedente de los EE.UU.”

<sup>54</sup> Art. 99, inc. 1°. Ver y comparar MERTEHIKIAN, EDUARDO, “El Jefe de Gabinete de Ministros (Especial referencia a la jerarquía y sus efectos),” en AA.VV., *El Derecho Administrativo Argentino*, Hoy, *op. cit.*, p. 147 y ss.

<sup>55</sup> Lo sostuvimos, con la vieja Constitución, en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1964, p. 192 y Buenos Aires, Macchi, 1971, p. 455. Lo siguieron ESCOLA, *Curso teórico-práctico...*, *op. cit.*, p. 427; CANOSA, *op. cit.*, p. 208; lo mantiene hoy BARRAZA, *op. loc.cit.* La reevaluación del problema global surge de lo expuesto en los § 1 y § 2 y las notas de nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-104, Buenos Aires, Rap, 2006. Ver también PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La postergación institucional,” *LL*, 2006-F, 877.

<sup>56</sup> Las tres primeras ediciones de esta obra; ESCOLA, *op. loc. cit.*, esp. pp. 428 *in fine*, 429 y nota 18; CANOSA, *op. loc. cit.*

BIELSA sostuvo entonces que el recurso jerárquico procedía,<sup>57</sup> aun en ausencia de norma expresa y esta opinión, compartida por la PTN<sup>58</sup> y la Procuración General de la Nación, llevó al dictado del decreto 51.192/34, que expresó “Declarase que el recurso jerárquico creado por Decreto en Acuerdo de Ministros de fecha 7 de abril de 1933, comprende a las reparticiones autárquicas.”<sup>59</sup> Ello señala que en nuestro país la falta de previsión legal expresa o implícita no siempre se consideró óbice a la procedencia del recurso contra actos de entes descentralizados.<sup>60</sup> Hizo falta una norma expresa para introducir el recurso.

### 3. La restricción en cuanto al objeto

#### 3.1. Introducción

El recurso de alzada sufre importantes modificaciones a través del tiempo. Aumenta los casos en el que el recurso es improcedente en razón del autor del acto.<sup>61</sup> A ello cabe agregar la visible revalorización de la tesis restrictiva en cuanto al objeto del recurso de alzada, en aquellos entes en los cuales la alzada se admite parcialmente. Ello implica que, en razón del sujeto, la alzada a veces simplemente no procede y otras, según veremos a continuación, se encuentra limitada casuísticamente. Pensamos que la solución ideal para una simplificación del problema y un control judicial uniforme es la lisa y llana supresión normativa del recurso de alzada en todos los supuestos y sin distinción alguna. Los casos que exponemos a continuación constituyen a nuestro juicio una demostración de esa ambigüedad.

#### 3.2. Entes autárquicos. Empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado

Sobre la base de lo expuesto, a veces procede el recurso de alzada contra los actos de las entidades estatales descentralizadas de la administración nacional, estos es, y en primer lugar contra los actos de todos los entes autárquicos *stricto sensu*.<sup>62</sup> Pero también suele ocasionalmente sostenerse que el recurso es igualmente procedente contra los actos, hechos u omisiones de las empresas del estado<sup>63</sup> o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado. El art. 4° del decr. 1883/91

<sup>57</sup> Art. de 1933, que recuerda en su *Derecho administrativo*, t. V, *op. cit.*, 6ª ed., p. 213, nota 27.

<sup>58</sup> Dictamen transcrito en *Procedimiento y recursos administrativos*, ed. 1964, p. 285.

<sup>59</sup> BIELSA, *op. loc. cit.*; *El recurso jerárquico*, 1934, 1ª ed.; Buenos Aires, 1958, 4ª ed., pp. 77-8. Ampliar, asimismo, en MATA, *op. cit.*, pp. 888-98, esp. p. 889.

<sup>60</sup> PTN, 38: 250: el recurso jerárquico impropio sólo procede cuando una norma lo acuerda.

<sup>61</sup> Ver *supra*, § 2.3, “Tendencia normativa a la supresión de la alzada,” § 2.3.1, 2.3.2 y 2.3.3.

<sup>62</sup> Para arribar al acto del órgano superior del ente al que hace alusión el RN art. 94 se hace uso del recurso jerárquico interno, ya que “la cuestión se encuentra contemplada en forma general en el art. 93 RLPA según el cual «Salvo norma expresa en contrario los recursos deducidos en el ámbito de los entes autárquicos se regirán por las normas generales que para los mismos se establezcan en esta reglamentación»: BIANCHI, “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?” *LL*, 1995-A, 397.

<sup>63</sup> PTN, *Dictámenes*, 90: 169; nuestro libro *Empresas del Estado*, *op. cit.*, pp. 91-2; *Procedimiento y recursos administrativos*, ed. 1971, p. 458; decrets. 9.101/72, 3.700/77 y 1883/91.

prescribe que el recurso de alzada “no procederá contra los actos inherentes a la actividad privada de la empresa o sociedad en cuestión.” CANOSA<sup>64</sup> puntualiza que la redacción del nuevo art. 4º muestra una realidad y que diferencia la situación de los actos asimilables a la actividad o el derecho privados. La consecuencia práctica de esta solución es que, quien quiera apostar a que la administración central considerará el tema como de derecho público y le dará la razón en cuanto al fondo, arriesga perder la vía judicial si le rechazan el recurso de alzada por improcedente, invocando que en el caso la cuestión es de derecho privado. Es un riesgo que no tomaríamos sin señales muy claras de la Secretaría del ramo y precisas y escritas instrucciones del mandante. Salvo ese caso, lo prudente es acudir directamente a la vía judicial para evitar un posible juicio por *mala praxis* si el cliente pierde el acceso a la revisión judicial por haber intentado la alzada.

### 3.3. La cuestión en la Ciudad de Buenos Aires

Los arts. 113 a 117 del anexo I del decr. 1.510/97 reglan el recurso de alzada contra actos definitivos o que impidan totalmente la tramitación de la pretensión, emanados del órgano superior de un ente autárquico de la Ciudad. Los caracteres del recurso, en general, guardan correlación con el régimen establecido en la legislación nacional; obviamente, el recurso será resuelto por la autoridad local. “El recurso de alzada podrá deducirse sólo por cuestiones de legitimidad. En caso de aceptarse el recurso, la resolución se limitará a revocar el acto impugnado.” Como ya hemos explicado en su lugar, la procedencia es criticable y la limitación del recurso, fuente de problemas e incertidumbres. Mejor es no admitir la alzada y abrir directamente la vía judicial como se hizo con el Ente Único Regulador.<sup>65</sup>

### 3.4. Entes reguladores<sup>66</sup>

La Procuración del Tesoro interpreta restrictivamente la alzada contra los actos de los entes reguladores,<sup>67</sup> lo cual es un avance en igual dirección, con privilegio

<sup>64</sup> Para CANOSA, *op. cit.*, pp. 213 y 58, tales actos son aquellos que hagan a la actividad comercial propia del ente, al cual se le aplique en forma total o predominante el derecho privado. También la PTN, *Dictámenes*, 150: 236 y dictamen del 8/7/89, *Bonex S.A.*

<sup>65</sup> *Supra*, § 2.3, “Tendencia normativa a la supresión de la alzada.”

<sup>66</sup> Ver COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Buenos Aires, 1996, pp. 235-6. Ver, asimismo, para los reclamos de los usuarios, CORRÁ, MARÍA INÉS, “Procedimiento de reclamo en materia de servicios públicos. Algunas cuestiones que se presentan en la regulación actual. Propuestas para el cambio,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de procedimiento...*, *op. cit.*, pp. 293-310. Ver CICERO, NIDIA KARINA, “El Procedimiento Administrativo en los Entes Reguladores de los Servicios Públicos” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 543-563.

<sup>67</sup> PTN, *Dictámenes*, 228: 114; *RDA*, 27/28: 400-96, con nota de SEIJAS, GRACIELA, “Los entes reguladores y la extensión del recurso de alzada...,” p. 477 y ss.; REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Autoridades administrativas independientes para la regulación y el control de los servicios públicos,” en AA.VV., *Servicio público y policía*, Buenos Aires, ED, 2006, pp. 63-77, esp. p. 77; BORGONA, VANESA y FAIRSTEIN, CAROLINA, “La independencia de los entes reguladores y el recurso de alzada,” *LL*, 2001-F, 103-13.

de su autonomía funcional.<sup>68</sup> Se ha dicho así que “no procede la revisión por vía de alzada de los actos administrativos dictados por los entes reguladores, en ejercicio de competencias que les hayan sido encomendadas exclusivamente en función de su idoneidad técnica, cuyo «objeto» sea «técnico» y el recurso impugne únicamente ese «objeto», salvo que se configure un supuesto de arbitrariedad.”<sup>69</sup> La doctrina comparada considera anormal esta forma de tutela de la administración central sobre los actos de los entes descentralizados.<sup>70</sup> Sin embargo, se ha autorizado el recurso de alzada<sup>71</sup> contra resoluciones del ENRE,<sup>72</sup> ENARGAS,<sup>73</sup> la CNC,<sup>74</sup> pero con restricciones.<sup>75</sup> En el caso del ENRE, sus resoluciones pueden a veces ser recurridas por vía de alzada. La norma ha planteado dudas acerca del carácter potestativo o preceptivo del recurso de alzada a los efectos de habilitar la vía judicial, aunque se impone la revisión judicial directa. Ya CANOSA había señalado la duda acerca de si un tema es de derecho privado como para excluir la alzada.<sup>76</sup> Ahora agrega otra observación: tampoco procede la alzada contra los actos del ente que son de contenido “jurisdiccional.” Ellos serán impugnables únicamente en sede judicial.<sup>77</sup> “Tampoco procederá el recurso contra los actos que impongan sanciones por contravenciones, sea porque lo consideramos una

<sup>68</sup> Ampliar en REIRIZ, “La autonomía de los entes de regulación y control,” en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, Buenos Aires, sept. 2001, p. 32 y ss.; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ra. ed., La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 478-9.

<sup>69</sup> Ver las referencias de la nota anterior.

<sup>70</sup> BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Principios del procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1990, p. 187. Este autor, asimilando el jerárquico con la alzada, considera que “no procede en relaciones interorgánicas de tutela, como las que vinculan la Administración Descentralizada con los órganos de la Administración Central,” p. 187. Reconoce lo mismo, salvando su opinión, ORTIZ ORTIZ, EDUARDO, *Tesis de derecho administrativo*, San José, Stradtman, 1998, p. 326 y ss.; conf. RODRÍGUEZ R., LIBORDO, *Derecho administrativo general y colombiano*, Bogotá, Temis, 1998, 10ª ed., p. 53.

<sup>71</sup> MURATORIO, *op. cit.*, p. 97.

<sup>72</sup> Ley 24.065, arts. 75 y 76.

<sup>73</sup> Ley 24.076, art. 70.

<sup>74</sup> Decr. 1185/90, art. 33.

<sup>75</sup> Ver *supra*, § 3, “La restricción en cuanto al objeto.” Ver CNFed. CA, Sala III, *Edenor S.A. c. Resolución 664/99- ENRE*, con nota de AHE, DAFNE SOLEDAD, “Alcance del recurso de alzada contra las decisiones adoptadas por entes reguladores de servicios públicos creados por ley,” *LL*, 2002-E, 384.

<sup>76</sup> *Supra*, § 3.2, “Entes autárquicos. Empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado.”

<sup>77</sup> CANOSA, *op. cit.*, p. 224 y ss. Ver COMADIRA, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 235-6; Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. XXV, § 3.5, pp. 662-9; *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, título IV, § 3.8, pp. 431-5; comp. TAWIL, GUIDO S., “El procedimiento administrativo ante los entes reguladores,” AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, 1998, p. 253 y ss., p. 256; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 54 y ss. y 73, quien considera que todo acto de un ente regulador es susceptible de ser impugnado por vía del recurso de alzada. Ver también CNFed. CA, Sala I, *YPF c. ENARGAS*, *LL*, 1996-C, 36; *Cien notas de Agustín, op. cit.*, “Enargas: interpretación restrictiva de su «jurisdicción»,” § 31, p. 95 e *infra*, § 3.6, “Órganos o entes con procedimientos especiales pseudo-jurisdiccionales en sede administrativa.”

actividad jurisdiccional,<sup>78</sup> sea porque las propias normas legales contemplan remedios directos para ante el órgano jurisdiccional. Por descarte, diremos que todos los demás actos son susceptibles de recurso de alzada, dejando sentado que éste no es necesario para el agotamiento de la instancia administrativa.”<sup>79</sup> Por lo expuesto es preferible una regla más clara y precisa: La inadmisibilidad de la revisión administrativa de sus actos y en cambio su exclusiva revisión judicial.

### 3.5. *Entes tributarios*

La confusión del régimen tributario alcanzó al recurso de alzada. La Administración Nacional de Aduanas y la Dirección General Impositiva pasaron a constituir Direcciones Generales de la AFIP,<sup>80</sup> de cuyos actos el Ministerio de Economía ejerce el control de legalidad. Decía pues bien CANOSA respecto de los actos de la DGI, en reflexiones aplicables a la AFIP, que “dadas las especialísimas características que desarrolla” esta repartición, “el recurso de alzada sólo será procedente contra actos relativos a aspectos estrictamente administrativos (p. ej., personal, contratos, etc.) y contra los actos de contenido tributario, en tanto y en cuanto no exista otro remedio especial.”<sup>81</sup> En materia específicamente tributaria no procede en consecuencia en caso alguno la alzada, en forma similar a lo que ocurre en materia específica o técnica con los actos de los demás entes reguladores. En ese punto la solución es enteramente correcta y a nuestro juicio perfectamente constitucional. En lo demás, lamentablemente, la ambigüedad reina por doquier, mientras sobrevuela el fantasma de poder perder la vía judicial ante cualquier cambio de timón jurisprudencial. No es un estado de cosas digno de alabanza.

### 3.6. *Órganos o entes con procedimientos especiales pseudo-jurisdiccionales*

El reglamento de procedimientos administrativos introduce en forma confusa un problema teórico importante, a saber, si la administración puede o no ejercer atribuciones jurisdiccionales.<sup>82</sup> Como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, hay que “evitar los equívocos a que pueden dar lugar las ambiguas afirmaciones que con alguna frecuencia aparecen en algún sector de la doctrina, que, con la mejor voluntad, pero con evidente incorrección técnica, califica de jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales los poderes que la Administración pone en juego al resolver los recursos que se interponen ante ella y la actividad procedimental

<sup>78</sup> Ver *infra*, § 3.6.

<sup>79</sup> Saque el lector sus conclusiones.

<sup>80</sup> Dirección General de Aduanas, DGA, y Dirección General Impositiva, DGI.

<sup>81</sup> CANOSA, *op. cit.*, p. 230, quien recuerda a GIULIANI FONROUGE, CARLOS M., *Derecho Financiero*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 717.

<sup>82</sup> Ver MAIRAL, HÉCTOR A., *Control Judicial de la Administración Pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 6 y ss.: “el calificar de jurisdiccional a un acto administrativo lo eleva a un rango que no merece. Con ello se concluye reduciendo el control judicial sobre este tipo de actos, ya que si ya ha habido «jurisdicción» en sede administrativa, parece permisible disminuir la intensidad de la intervención judicial.”

a que da lugar su interposición.”<sup>83</sup> Dice el art. 99 del RN: “Tratándose de actos producidos en ejercicio de una actividad jurisdiccional [...] el deber del superior de controlar la juridicidad de tales actos se limitará a los supuestos de mediar manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación de derecho.” En nuestro sistema constitucional el particular tiene siempre derecho de acudir a un órgano judicial, para la defensa de su persona y sus derechos. Toda norma que pretenda excluir la necesaria revisión judicial suficiente y adecuada es inconstitucional.<sup>84</sup> Dado que no se trata de un recurso preceptivo, conviene acudir directamente a la vía judicial. La alternativa que cada vez se ofrece con más fuerza es la de introducir tribunales administrativos imparciales e independientes que dicten el primer acto administrativo, sujeto a control judicial suficiente y adecuado.<sup>85</sup>

#### 4. Plazo. Interposición del recurso

El recurso debe<sup>86</sup> ser presentado ante el mismo ente descentralizado dentro de los quince días de la notificación, “y será elevado dentro del término de cinco días y de oficio al ministerio o secretaría de la Presidencia en cuya jurisdicción actúe el órgano emisor del acto.”<sup>87</sup> Desde luego, si esta elevación no se realiza “dentro del término de cinco días y de oficio,” corresponderá que el particular interponga la reclamación en queja por defecto de procedimiento.<sup>88</sup> Si ésta tampoco da resultado, queda la alternativa de interponer un amparo por mora de la administración;<sup>89</sup> o presentar copia del escrito del recurso en el ministerio respectivo o secretaría

<sup>83</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006, 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, p. 527, cap. XXIII, I, § 1. Sobre la cuestión de las facultades jurisdiccionales de la administración, ver *supra*, t. 1, cap. IX, § 8, “El problema de la jurisdicción administrativa,” hasta § 19, “Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración”.

<sup>84</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. IX, § 7, “Concepto orgánico-material de función jurisdiccional” y ss.; CELORRIO, ATANASIO HERNÁN, “Recursos contra el acto de naturaleza jurisdiccional,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972, p. 116 y ss.

<sup>85</sup> Ver nuestra nota “Ángel Estrada,” *JA*, número especial, 2005-III, fasc. n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, número 2, México, 2005, pp. 307-311; “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21\_2/2009, pp. 699-726.

<sup>86</sup> Por cierto, el particular tiene el derecho de no interponerlo y acudir en el plazo del art. 25 del decreto-ley 19.549/72 a la justicia. No se aplica aquí, entonces, la funesta “doctrina” de los casos *Gorordo y Romero*. Ver al respecto *supra*, cap. III, § 1.2, “Carga del administrado y privilegio incausado de la administración. Valladar para el acceso a la justicia,” cap. VIII, § 1.3, “La mutación normativa a través del tiempo,” 1.5, “La aplicación de los plazos de prescripción,” 14.1, “Primero, haber empezado,” 14.2, “El premio de los que vigilan,” cap. X, § 1.3, “La tendencia propuesta (¿o real?)” y 9.2, “Es una espada de Damocles.”

<sup>87</sup> Art. 90, primera parte, según el decr. 1883/91, aplicable por la remisión que efectúa el art. 98. Nótese que el actual texto de la norma fija una pauta temporal más amplia para la elevación: anteriormente ésta debía realizarse “de inmediato.”

<sup>88</sup> RN, art. 71; POLEMANN, EDUARDO M., “El ámbito del recurso de alzada de acuerdo al régimen del artículo 98 bis del decreto 1759/72, incorporando por el decreto 3700/77,” *LL*, 7 de mayo de 1979, § IV.2). Esta queja debe presentarse en el ministerio o secretaría de la Presidencia pertinente.

<sup>89</sup> Art. 28 del decreto-ley 19.549/72, según la redacción dada por el decreto-ley 21.686/77.

de la Presidencia, aclarando las razones de la presentación en dicha sede y solicitando su tramitación. Si el escrito fue presentado en el ministerio o secretaría de la presidencia, corresponderá que giren el expediente al ente descentralizado de que se trate, para que acompañen las actuaciones y devuelvan para su ulterior tramitación. También pueden dar traslado al ente descentralizado para que alegue cuanto considere conveniente antes de la tramitación y resolución del recurso.

### 5. Elección de la vía judicial o administrativa

#### 5.1. *En general*

Los arts. 94 y 95 del reglamento han creado, impropriamente por el nivel jerárquico de estas normas, una opción entre la vía judicial y el recurso de alzada. Decimos impropriamente porque parece obvio que todo lo atinente a plazos procesales judiciales es materia de ley *stricto sensu* y mal puede un reglamento administrativo pretender legislar al respecto. En todo caso, la solución que estas normas dan a la cuestión es que el recurso de alzada no es requisito necesario previo a la interposición de la demanda, como tampoco lo es el reclamo administrativo previo<sup>90</sup> y que el particular puede a su elección iniciar directamente la acción judicial o, en cambio, intentar primero el recurso de alzada, a su riesgo. El riesgo es que el recurso resulte improcedente, con criterio restrictivo, como los que se van imponiendo en cuanto a admisibilidad<sup>91</sup> y el interesado se quede sin la vía judicial.<sup>92</sup> Conforme al art. 95, si el particular inicia la vía judicial, pierde el derecho de intentar el recurso de alzada. No ocurre lo mismo a la inversa, pues si elige interponer el recurso de alzada, podrá iniciar la acción judicial tanto una vez resuelto el recurso administrativo, como desistiéndolo en cualquier estado de su tramitación.<sup>93</sup> Ése es el principio general, siempre que la alzada no sea improcedente. En la duda, en la actualidad, profesionalmente preferiríamos elegir la acción judicial aun a riesgo de perder la administrativa y no a la inversa. Esto lo consideramos un elemento de progreso hacia el Estado de Derecho: suplir, con el

<sup>90</sup> Ver *infra*, cap. XII, “El reclamo administrativo previo.”

<sup>91</sup> Ver notas 50 y 51.

<sup>92</sup> Como en el supuesto mencionado en la nota 94.

<sup>93</sup> En aquellos casos en los que se opte inicialmente por la vía administrativa, su desistimiento en cualquier momento del trámite hace renacer desde cero el cómputo de los plazos de caducidad. Pretender, por el contrario, que el plazo del art. 25 del decreto-ley 19.549/72 subsista sin solución de continuidad desde la fecha de notificación del acto que hizo nacer la opción importaría una limitación irrazonable al derecho del administrado de desistir de la vía. En efecto, una vez hecho el desistimiento y pasados los 90 días hábiles administrativos desde la notificación del acto original, el recurrente se encontraría ante una nueva opción, esta vez repudiable: condenarse a la tramitación de la alzada a pesar de no desearlo o, peor incluso, encontrarse ante una declaración de caducidad de instancia por vencimiento del plazo del art. 25. No sería esta una solución conteste con la opción facultativa que rige en la interposición de la alzada ni con el derecho a una tutela judicial efectiva. Todo lo expuesto es lo que consideramos una correcta y justa interpretación del orden jurídico, con pleno respeto de la garantía de acceso a la justicia. En la práctica profesional, sin embargo, optaríamos por la conducta más prudente posible, o sea por el cómputo más adverso de los plazos; es lo único que en definitiva da tranquilidad profesional frente a eventuales arbitrariedades jurisdiccionales.

efectivo control judicial independiente, al control graciable de la administración central, sobre todo tratándose de órganos subordinados de ella y no del Poder Ejecutivo. Es una clara advertencia contra todos aquellos que quieran aferrarse al viejo esquema constitucional, hoy clara y totalmente desmentido por los hechos.<sup>94</sup> En efecto, si el particular tiene abierta la vía judicial y la alzada es improcedente, p. ej., contra un acto de una universidad nacional, su innecesaria e improcedente interposición no interrumpe ni suspende el plazo para ir a la justicia, con lo que pierde el acceso a la instancia judicial.<sup>95</sup>

Igualmente problemático es el caso de los entes reguladores, respecto de los cuales la alzada procede imprecisa y limitadamente.<sup>96</sup> Quien interpone la alzada puede perder la vía judicial si le resuelven que el recurso no era formalmente procedente. El riesgo no es muy remoto si se tiene en cuenta la última jurisprudencia administrativa y judicial.<sup>97</sup> Por ello y en atención a la garantía supranacional de acceso efectivo a la justicia, no resulta descabellada la idea de proponer su supresión.<sup>98</sup> Es lo que ya se ha hecho con las Universidades Nacionales, el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los entes reguladores en la Provincia de Buenos Aires, etc. Conferiría una seguridad jurídica que hoy no existe.

## 5.2. Elección de la vía judicial

Si bien el reglamento es categórico en afirmar que la elección de la vía judicial “hará perder la administrativa,” estimamos que tiene prelación sobre esta disposición la contenida en el decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. e), ap. 6º, respecto de la denuncia de ilegitimidad. Por ello pensamos que esta denuncia es procedente aun luego de iniciada la acción judicial. El fundamento constitucional que siempre se dio a esta facultad y deber del Poder Ejecutivo de conocer de la ilegitimidad denunciada por un recurso tardío respecto de actos de sus inferiores, háyanse o no seguido normas formales de procedimiento, apoya la tesis de que el particular

<sup>94</sup> Ver lo que explicamos en los § 1 y 2, y sus respectivas notas y gráficos anexos de nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno,” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-104, Buenos Aires, Rap, 2006. Ver también PÉREZ HUALDE, “La postergación...” *op. loc. cit.*

<sup>95</sup> CFApel Resistencia, *Pereyra de Ferreyra*, año 1994, LL, 1997-A, 99 con nuestra nota “El recurso de alzada no interrumpe el plazo para la acción judicial,” reproducida en nuestro libro *Cien notas...*, *op. cit.*, § 55, p. 133.

<sup>96</sup> *Supra*, § 2.1, “No existe jerarquía,” PTN, dictamen publicado en *RDA*, 27-9: 400, Buenos Aires, 1998, con nota de SELJAS, “Los entes regulatorios y la extensión del recurso de alzada,” *op. loc. cit.*

<sup>97</sup> Ver *supra*, cap. III, § 18.3, “El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa,” cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento,” § 1.3, “La mutación normativa a través del tiempo,” 1.5, “La aplicación de los plazos de prescripción,” 2.3.2, “El caso del recurso fuera de término,” 2.3.6, “Conclusiones,” 14.1, “Primero, haber empezado,” 14.2, “El premio de los que vigilan,” cap. IX, “Los recursos de reconsideración,” § 13, “El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial,” cap. X, “El recurso jerárquico,” § 1.3, “La tendencia propuesta (¿o real?)” y 9.2, “Es una espada de Damocles.”

<sup>98</sup> Lo menta, en general, DIEZ SÁNCHEZ, JUAN JOSÉ, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas, 1992, p. 231.

puede intentar suscitar este control por la vía indicada, aun habiendo iniciado la acción judicial. Los demás fundamentos expuestos por la doctrina para admitir su procedencia, aun en ausencia de normas al respecto,<sup>99</sup> tienen fuerza de convicción superiores a las de una solución procedimental como la del decreto ley<sup>100</sup> y, peor aun, su reglamentación.<sup>101</sup>

Cualquiera sea la acción o remedio judicial intentado (amparo, interdicto, acción ordinaria, etc.) si ella es desechada por razones formales, consideramos que queda reabierto la vía administrativa. Así p. ej., si el particular intenta la vía judicial creyendo erróneamente definitivo el procedimiento administrativo, debe a nuestro juicio, considerarse interrumpido el término administrativo y no efectuada válidamente la opción por la vía judicial. Al menos no en cuanto pretendida opción excluyente que le impida luego acudir nuevamente a la administración. En tal caso, nos parece posible impugnar posteriormente en sede administrativa el acto atacado sin éxito ante la justicia.<sup>102</sup> Algo parecido encontramos en la jurisprudencia italiana, en la cual se estima que en tal caso puede concederse al recurrente un nuevo plazo, a partir de la decisión del recurso jurisdiccional, para interponer el recurso administrativo.<sup>103</sup> Si el particular desiste de la acción judicial, consideramos también que esto puede reabrir el procedimiento administrativo ante el propio ente o en el recurso de alzada. Pero, en cuanto predicción jurisprudencial, parece difícil abrigar la esperanza de que pueda seguir manteniéndose vivo el derecho a acudir nuevamente a la justicia.

También cabe recordar que conforme al art. 99, en el caso de algunos procedimientos especiales, aun intentada y no desistida la vía judicial, e incluso habiendo consentido el acto, siempre puede el particular provocar el contralor administrativo de carácter excepcional que prevé esa norma, en los supuestos expresados en ella.<sup>104</sup>

Por fin, cabe destacar que nada impide que en el juicio ambas partes acuerden una suspensión de plazos para iniciar o reiniciar tratativas en sede administrativa, que pueden serlo con el propio ente descentralizado, o en el marco del recurso

<sup>99</sup> Ver los precedentes expuestos en *Procedimiento...*, op. cit., ed. 1971, p. 521.

<sup>100</sup> La norma del art. 1º, en efecto, se refiere sólo a recursos presentados fuera de plazo. Los precedentes señalados, en cambio, decían de su procedencia también para impugnar decisiones definitivas (68: 71; 73: 86 y 89 vta. y 99 y ss.) y hasta decretos del Poder Ejecutivo no siendo la hipótesis del recurso de revisión (58: 97; 65: 347; 75: 99; 90: 154 y 350, etc.). También la improcedencia de un recurso administrativo, que abría la vía de la denuncia de ilegitimidad, podía resultar de otras causales que su sola interposición fuera de término (90: 74 y 350; 59: 308; 65: 244; 67: 153; 71: 285; 71: 346 y 352; 72: 98 y 148, etc.). Esta doctrina más rica que la pobre enunciación legislativa, debería ser rescatada por la práctica, sobre todo a partir del sustento que para ello contiene el art. 3º del decreto 229/00.

<sup>101</sup> En cuanto ésta pretende dejar cerrada la vía administrativa.

<sup>102</sup> Tal como lo sostuvimos anteriormente en *Procedimiento...*, op. cit., 1971, p. 386.

<sup>103</sup> LESSONA, op. cit., p. 27; ZANOINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, 1958, 8ª ed., p. 69.

<sup>104</sup> Ver *supra*, § 3.6, "Órganos o entes con procedimientos especiales pseudo-jurisdiccionales en sede administrativa."

de alzada ya interpuesto y no resuelto, o que se interponga a este efecto. Desde luego, se han dado casos en que, sin suspenderse ni interrumpirse el juicio, de hecho se han llevado tratativas en sede administrativa: claro está, esto depende de la voluntad administrativa, que está facultada pero no obligada a aceptar la tramitación administrativa, estando en trámite un juicio por el mismo asunto.

Dice GRAU en tal sentido: “El incidente de habilitación de la instancia judicial, no impide el trámite de la reclamación administrativa, en busca de la solución extrajudicial. Y la continuación del procedimiento administrativo, tampoco se imposibilita por el desistimiento por el administrado actor o la perención de la instancia producida en el juicio por él iniciado. La razón es que en estas circunstancias ni el particular ha perdido su derecho, ni la administración sus potestades. Entonces nada impide que el administrado demandante trate de obtener en vía administrativa una decisión favorable o que la Administración demandada, rectifique su error o evite un juicio. Y al mismo tiempo, institucionalmente es lo deseable.”<sup>105</sup> La razón de ser de todas estas soluciones debe verse en el principio del informalismo del procedimiento administrativo, como así también en el principio de la legalidad objetiva en virtud del cual es la propia administración central una de las primeras interesadas, por razones de interés público, en verificar el grado de acierto o error de las impugnaciones que se formulen a la validez de actos administrativos de la administración centralizada o descentralizada.<sup>106</sup>

### 5.3. Elección de la vía administrativa

Cuando existan razones de costo que dificulten la toma de decisión de acceder a la justicia, puede ser momentáneamente una opción merituable intentar la alzada, particularmente si se tiene acceso a las instancias decisorias de la Secretaría correspondiente, o falta aun producir pruebas que hacen al derecho invocado. El art. 95 del reglamento establece que la interposición del recurso de alzada “no impedirá desistirlo en cualquier estado a fin de promover la acción judicial,”<sup>107</sup> lo cual no significa a nuestro juicio que sea obligatorio desistirlo formalmente antes de iniciar la acción. Incluso puede intentarse el equilibrio de llevar el juicio y las tratativas extrajudiciales en forma simultánea, tal como explica GRAU.<sup>108</sup> Si la

<sup>105</sup> GRAU, ARMANDO EMILIO, *Habilitación de la instancia contenciosoadministrativa*, La Plata, Ed. Platense, 1971, p. 137. GRAU mantiene y amplía su opinión en “Reclamación administrativa previa,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, op. cit., p. 183 y ss., que el reclamo previo “no se agota con la demanda judicial, por lo mismo que tiene por sobre todas las cosas, esa función conciliatoria. Nada impide al Estado que, con posterioridad a la demanda, siga tramitando el reclamo administrativo previo para culminar evitando el juicio, que es también la función más importante del Poder Ejecutivo.”

<sup>106</sup> *Supra*, cap. IX, § 11, “Otros supuestos de recurso de reconsideración” y § 14, “El recurso de reconsideración contra actos de la Dirección General Impositiva-A.F.I.P.”

<sup>107</sup> Ver AGUILAR VALDEZ, OSCAR, “El recurso de alzada,” en TAWIL, GUIDO S. (dir.), *Procedimiento Administrativo*, op. cit., cap. XXXII, esp. p. 423-4, “La legitimación procesal judicial pasiva en supuestos de previa intervención de la Administración central por vía del recurso de alzada.”

<sup>108</sup> Ver *supra*, nota 105 y texto.

acción judicial no progresa por alguna de las razones formales que se explicaron más arriba, o es desistida por el particular, entonces puede continuarse el procedimiento administrativo iniciado y no terminado. En tales casos, claro está, el particular se encuentra a merced de la administración. Allí reaparecen “el procedimiento administrativo en la práctica”<sup>109</sup> y “la administración paralela.”<sup>110</sup> No es necesariamente un buen estado de cosas.

#### 5.4. *La cuestión de los plazos*

El plazo para la interposición del recurso de alzada es, según vimos, de quince días; el plazo para la interposición de la acción judicial depende de cuál acción se intenta y contra qué ente se lo hace. No tiene por qué darse aquí el problema que vimos a propósito de *Gorordo* y *Romero*, ya que el recurso administrativo no es obligatorio. Si se trata de actos de *entes autárquicos*, el plazo para la acción ordinaria es de noventa días hábiles judiciales, por disposición del art. 25 del decreto-ley 19.549/72; en casos especiales y por ley expresa, el plazo a veces se reduce a treinta días.<sup>111</sup> Dado que sólo una norma legislativa *stricto sensu* puede establecer que un acto administrativo se impugne judicialmente por vía de algún recurso especial, es obvio que será esa misma norma legal la encargada de fijar el plazo. Sólo para el caso excepcional de una norma legislativa que regule un recurso especial e hipotéticamente olvide el plazo, será de aplicación esta norma residual que lo fija en treinta días. Si se trata de otras formas de descentralización (empresas del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades del Estado y sociedades de economía), ni esta ley ni otras contienen plazos generales de caducidad o prescripción de la acción, por lo que, en buenos principios, cabe estar a la prescripción de las acciones según el derecho común. Por fin, si se intentan acciones especiales cabrá estar a sus propios términos: quince días para la acción de amparo,<sup>112</sup> un año para los interdictos, de ser procedentes. En efecto, también puede contemplarse, respecto a los hechos, el plazo de un año de los interdictos de retener, recobrar y obra nueva. La acción a que se refieren los arts. 25 y concordantes del decreto-ley 19.549/72 puede equipararse

<sup>109</sup> *Supra*, t. 2, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica.”

<sup>110</sup> Ver *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 3ª reimp. 2001; *L'Amministrazione parallela. Il «parasistema» giuridico-amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987; *supra*, t. 2, cap. X.

<sup>111</sup> Como lo adelanta innecesariamente el art. 25 *in fine*. En cuanto a si el plazo de noventa días fijado en el decreto-ley es o no de caducidad, ver LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, § 372-3, pp. 417-20; MUÑOZ, GUILLERMO, ANDRÉS, “Naturaleza de los plazos establecidos por la ley 19.549 para la impugnación judicial de los actos administrativos,” *RDA*, 5: 35, Buenos Aires, 1973; PEARSON, MARCELO MARIO, “Impugnación judicial de la actividad de la administración pública nacional,” *LL*, 154:1028; “Reclamos administrativos: otras vías administrativas,” *ED*, 66: 752; SILVESTRI, BEATRIZ R. y GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL M., “La instancia administrativa previa a la judicial en la ley 19.549 (Recursos y reclamos),” *ED*, 72: 763, CAPUTI, CLAUDIA y SACRISTÁN, ESTELA B., “La caducidad del art. 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica,” *LL*, 1997-A, 70.

<sup>112</sup> Decreto-ley 16.986/66, art. 2º, inc. e): “quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.”

a la acción ordinaria y considerarse que los interdictos se rigen directamente por el CPCCN. El texto del art. 25, primera parte, se refiere a la “acción;” la última parte trata del caso de “recurso;” queda, pues, el caso del interdicto en el marco de su legislación ordinaria. Si estas premisas son válidas, en caso de haber perdido el plazo de quince días para el amparo, aun podría intentarse, en su caso y dentro del año, los interdictos de retener, recobrar y obra nueva.<sup>113</sup> En cualquiera de estos casos, la primer duda que se presenta es el fundamento normativo de la suspensión o interrupción de los plazos judiciales a que se refiere implícitamente el art. 95. Si el recurso de alzada es resuelto por la administración después de transcurridos los plazos previstos en las leyes para impugnar judicialmente el acto en juicio ordinario ¿será suficiente sustento esta norma para que los jueces puedan admitir la acción judicial una vez resuelto el recurso de alzada, o antes de su resolución pero después de transcurridos los plazos judiciales? Siempre hay riesgos. Si bien la norma debió haber sido de rango legislativo, no todos piensan que el decreto sea en esto inválido.<sup>114</sup> El decreto-ley 19.549/72 declara procedente la vía judicial contra los actos de los entes autárquicos, cuando “se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas,”<sup>115</sup> sin perjuicio de que también admite la impugnación directa, sin necesidad de recurso de alzada (art. 94 del reglamento) ni de reclamo previo (art. 32 del decreto-ley). Parece razonable que sea el propio Poder Ejecutivo quien pueda, en ausencia de norma legal expresa, reglamentar —por reglamento de ejecución—<sup>116</sup> en qué *otros* casos se pueden considerar en el ámbito administrativo agotadas las instancias para dejar abierta la vía judicial —con lo cual declara abstenerse de pretender entender en la alzada—. <sup>117</sup> El art. 95 tiene el sentido de expresar que el Poder Ejecutivo no encuentra obstáculo constitucional alguno para que quede abierta la vía judicial, tanto por la decisión definitiva del propio ente autárquico (sin interponer la alzada), por la decisión del recurso de alzada que el particular

<sup>113</sup> CPCCN, art. 621.

<sup>114</sup> Se pronuncian en forma expresa por la validez de esta norma, SILVESTRI y GONZÁLEZ ARZAC, “La instancia administrativa previa a la judicial en la ley 19.549. (Recursos y reclamos),” *ED*, 72: 763, 772; se inclina implícitamente por su validez FIORINI, *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., pp. 607-8. Comp. LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, op. cit., § 373, p. 420. En contra PEARSON, *Manual de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 1976, p. 109, § 41 y p. 135, § 57.

<sup>115</sup> Art. 23, inc. a), que debe interpretarse junto al art. 25, inc a). El mismo criterio se expone en el art. 24, incs. a) y b) y art. 25 *in fine*.

<sup>116</sup> Ver *supra* t. 1, cap. VII, § 15, “Reglamento de ejecución.”

<sup>117</sup> Dice ABERASTURY, PEDRO, “Control jurisdiccional del acto administrativo,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, op. cit., p. 181, que haber agotado las instancias significa, siendo los recursos potestativos, “haberse agotado toda la escala hasta llegar al funcionario superior con competencia para decidir en el acto,” que es precisamente lo que ocurre en este caso. Conf. SILVESTRI y GONZÁLEZ ARZAC, op. cit., p. 769. FIORINI, *Derecho administrativo*, t. II, op. cit., p. 606, se refiere a que “se han acabado todas las posibilidades de recurrir a instancias administrativas [...] aunque el legislador de puede establecer regímenes o situaciones diversas para el agotamiento de las instancias administrativas.” En nuestro caso el legislador de facto establece la posibilidad de acudir directamente a la justicia, por el art. 32 del decreto-ley de procedimiento, pero también permite que se agote la vía por medio de la alzada.

hubiere interpuesto, como por el abandono voluntario del particular de la vía de la alzada y la iniciación de la vía judicial.<sup>118</sup>

### 6 Alcances de la decisión. Reforma y sustitución del acto

En cuanto a los alcances de la decisión, el Poder Ejecutivo sólo puede confirmar o revocar el acto del ente descentralizado por motivos de legitimidad, pero no modificarlo ni sustituirlo por otro<sup>119</sup> y menos por razones de oportunidad.

En esa línea de pensamiento, se ha sostenido también que el Poder Ejecutivo Nacional, en el caso particular de las sociedades del Estado, no sólo no podría sustituir o modificar el acto, sino que tampoco podría ni siquiera revocarlo y que, más aún, debería meramente limitarse “a impartir las instrucciones pertinentes al Directorio de la entidad para que proceda a dejar sin efecto el acto sometido a control.”<sup>120</sup>

Esas instrucciones serían de cuestionable valor jurídico, dada la inexistencia de relación jerárquica de esas autoridades con la administración central. Ello relativiza una vez más la procedencia real y útil de la alzada, teniendo en cuenta las demás limitaciones e incongruencias expuestas en el presente capítulo.

### 7. Conclusión. El precedente de los EE.UU.

Creemos particularmente ilustrativa la experiencia del derecho estadounidense, que ha conducido a que se considere ilegítimo cualquier intento de la administración central de influenciar la decisión del ente descentralizado, pues con ello se priva al particular del debido proceso legal ante el ente, que por definición debe ser imparcial e independiente.<sup>121</sup> A nadie se le ocurriría la interposición de un recurso a la consideración de la administración central. Mas ello no ha sido sino el producto de una evolución que condujo de la sumisión a la independencia.<sup>122</sup>

<sup>118</sup> Como explicamos *supra*, § 5.3. “Elección de la vía administrativa.”

<sup>119</sup> HEREDIA, HORACIO H., “Contralor administrativo sobre los entes autárquicos,” Buenos Aires, 1942, p. 112; FIORINI, *Recurso jerárquico*, *op. cit.*, p. 39; reitera ese criterio en su *Manual de derecho administrativa*, t. II, *op. cit.*, p. 1030; *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., p. 574; MARIENHOFF, *op. cit.*, 1ª ed., p. 717; 5ª ed., p. 770 y su referencia a la doctrina francesa; BIDART CAMPOS, *El derecho constitucional del poder*, t. II, Buenos Aires, 1967, pp. 182-3, quien sigue a MARIENHOFF. Hemos discrepado con esta tesis, pero en el contexto que ahora estamos explicando parece que en realidad constituye un mínimo de restricción a la alzada que no corresponde ser eliminado, como propusimos otrora, sino a la inversa potenciado, eliminando lisa y llanamente la alzada.

<sup>120</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, “La extensión del concepto de tutela y el control de los actos de las sociedades del Estado,” *LL*, 1978-C, p. 719.

<sup>121</sup> EDLEY JR., CHRISTOPHER F., *Administrative Law. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, Michigan, Yale University Press, 1998, pp. 175-80 y notas, § 6.1.2., “Political Influence, Bias and Ex Parte Communications;” ello es impensable en los EE.UU.: CANN, STEVEN J., *Administrative Law*, Thousand Oaks, California, Sage, 1995, I, § 2, p. 23 y ss.; SARMIENTO GARCÍA, *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, p. 160 y ss.

<sup>122</sup> Ver SCHWARTZ, BERNARD, *The Professor and the Commissions*, Nueva York, Knopf, 1959, pp. 214 y ss.