

RODOLFO CARLOS BARRA

Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas. Master en Derecho Administrativo Profundizado. Profesor Titular Ordinario de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Argentina. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza. Profesor Extraordinario de Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Salta. Ex Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ex Ministro de Justicia de la Nación. Convencional Constituyente en 1994. Ex Presidente de la Auditoría General de la Nación

Tratado de derecho administrativo

Tomo 3

*Administración financiera.
Jefe de Gabinete.
Empresas públicas*



Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma

CIUDAD DE BUENOS AIRES

Barra, Rodolfo C.
Tratado de derecho administrativo - 1ª ed. - Buenos Aires: Ábaco
de Rodolfo Depalma, 2006.

v. 3, 1045 ps.; 23 x 16 cm.

ISBN 950-569-254-4

1. Derecho Administrativo. I. Título
CDD 342.06

*A Guido, mi tercer nieto.
A mis alumnos de la Universidad
Nacional de La Matanza.
En memoria de Rodolfo Depalma,
Julio Comadira y Mariano Cavagna Martínez.*



Galardón otorgado a esta editorial, 1998



EDITORIAL ÁBACO DE RODOLFO DEPALMA S.R.L.

Viamonte 1336, 6° - Ciudad de Buenos Aires
info@abacoeditorial.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I.S.B.N. 950-569-166-1 - Obra completa
I.S.B.N.-10: 950-569-254-4 - Tomo 3
I.S.B.N.-13: 978-950-569-254-5 - Tomo 3

Impreso en mayo de 2006

Verlap S.A. Producciones Gráficas
Comandante Spurr 653, Avellaneda
(Prov. de Buenos Aires)

IMPRESO EN LA ARGENTINA

§ 148. EFECTOS DE LA ACTIVIDAD CONSULTIVA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO DECISOR

Como ya lo hemos visto, desde un punto de vista jurídico formal, y con los alcances ya estudiados, el dictamen se integra en la "causa" del acto, mientras que el procedimiento consultivo forma parte del elemento "procedimiento" destinado a la producción del acto. Pero desde la perspectiva de la psicología de la persona física a cargo del órgano decisor, el dictamen, aun no vinculante (como pensamos que es de su naturaleza), se encuentra dirigido a influir sobre el conocimiento y voluntad de aquella.

El dictamen permite, a la persona que debe decidir, conocer "científicamente" la cosa o hecho objeto de conocimiento, es decir, conocerla de acuerdo con una exposición lógica de sus causas, a la vez que ontológica, por su composición, naturaleza y efectos. Con este conocimiento del objeto del dictamen, obtenido gracias al procedimiento consultivo, el órgano decisor deberá valorarlo tanto en su corrección científica como, aceptada ella, en su incidencia "causal" sobre el acto por decidir, todo lo cual deberá quedar expresado en su motivación⁸⁴. Es entonces el conocimiento aportado por el dictamen, aceptado como correcto y de incidencia causal, el que influye sobre la voluntad del decisor en directa proporción a la incidencia del objeto del dictamen sobre el objeto o contenido decisorio del acto.

Naturalmente el dictamen, al no ser vinculante, es decir, al no someter la voluntad del decisor-persona física a su contenido, no puede tener el efecto de excluir absolutamente la responsabilidad de aquella, a su vez, sobre el contenido del acto decisorio, ya se trate de la responsabilidad penal, civil o administrativa⁸⁵. Pero aun así, la medida de esa responsa-

⁸⁴ El decisor podrá cuestionar y rechazar la corrección científica del dictamen, sobre la base de sus propios conocimientos, ya sean de dominio personal o aportados por terceros, aunque en este último caso, como ya sabemos, sin el carácter de actividad consultiva propiamente dicha. Aun así el contenido del dictamen deberá ser valorado como causa hipotética del acto —si el dictamen hubiese sido correcto, habría influido sobre la causa del acto y sobre su objeto en alguna medida—, lo cual, junto con la crítica y la opinión diversa, deberá ser expresado en la motivación del acto.

⁸⁵ En el texto estamos haciendo referencia, valga la reiteración, a la responsabilidad de la persona física, del "funcionario", siempre en el sentido más

bilidad deberá ser valorada conforme a la incidencia que el dictamen ha debido tener, según su especificidad, sobre la voluntad del decisor. Supongamos un dictamen jurídico dirigido, por el servicio jurídico pertinente, a un órgano a cargo de una persona física que no es abogado, dictamen en el que se afirma que, en el caso, es posible realizar, por ejemplo, el contrato en cuestión por el procedimiento simplificado de la contratación directa sin necesidad de recurrir a la licitación, pública o privada. Este procedimiento contractual —que es el seguido finalmente por el decisor— es considerado luego —por ejemplo, por sentencia judicial firme, como consecuencia de una acción iniciada por un tercero en aptitud de ofertar y competir— violatorio de la ley, por no darse en el caso las causales que autorizan a emplear la vía de la contratación directa. Sería verdaderamente irrazonable —y lo jurídico es, o debe ser, un producto de la razón— como también absolutamente injusto pretender que el decisor asuma en tales condiciones cualquier tipo de responsabilidad, lo que no excluye, por supuesto, la invalidez del acto decisorio y la imputabilidad y responsabilidad de la persona jurídica a la que pertenece el decisor⁸⁶.

La situación varía en el caso inverso, es decir cuando el decisor no conforma su decisión con lo dictaminado y finalmente se determina que lo decidido es contrario a la ley, mientras que el mismo acto administrativo hubiese sido válido de haberse sujetado al dictamen.

amplio y comprensivo del término. La responsabilidad de la organización, lo que será a través de la imputación a su personificación jurídica (ver supra, t. 2, §§ 19 y 20), será exclusivamente civil y no podrá ser excusada en ningún caso por el contenido del dictamen consultivo, ni siquiera proviniendo de un consultor "externo", es decir no perteneciente al sector público.

⁸⁶ Naturalmente, el razonamiento que hacemos en el texto no toma en consideración la eventual prueba del dolo del decisor —por ejemplo, complicidad con el abogado dictaminante a los efectos penales— o bien su culpa inexcusable. Así, y para poner un ejemplo extremo, si el objeto del contrato no fuese manifiestamente, urgente, ni vinculado a la defensa, ni secreto, y fuese por un valor de muchos millones de dólares, etc., podría esperarse una conducta más prudente del decisor, su recurso a una nueva consulta, etc. Estaremos siempre ante cuestiones que deberán ser apreciadas de acuerdo con las circunstancias del caso, lo que no quita que, en principio, debamos considerar al dictamen razonable (para un no especialista) como una causal de exclusión de la responsabilidad del decisor, siempre en la medida de la debida incidencia del dictamen sobre la decisión. Distinto es el caso del autor del dictamen, cuya responsabilidad será mensurada de acuerdo con las reglas de su propia ciencia, las que permitirán, por ejemplo, calificar al error como inexcusable o no.

Antes de avanzar sobre esta última hipótesis debemos aclarar —aunque todo esto lo profundizaremos al estudiar, en el lugar oportuno, el instituto de la responsabilidad del funcionario público— que la responsabilidad personal de quienes se encuentran a cargo de órganos del sector público debe ser valorada con sumo cuidado y prudencia. Una política normativa —o bien judicial, desde el punto de vista interpretativo— excesivamente severa en esta materia puede tener como efecto la paralización de la Administración, lo que sería particularmente grave en el caso de la Administración “activa”, por el temor de los funcionarios a decidir, sobre todo cuando la decisión es innovativa, la resolución de casos precisamente novedosos, o donde el recurso al precedente se presenta como manifiestamente inconveniente. Se daría aquí el caso del funcionario que prefiere “esconder las manos en las mangas de su chaqueta, para no firmar con la excusa de no tener manos”, como en la anécdota (ficticia) que recordáramos supra (t. 2, § 10, nota 90). Esta excesiva política de responsabilidad alentaría, paradójicamente, al “burocratismo” irresponsable en desmedro de la burocracia responsable, y sería fatal cuando el órgano decisor, por su jerarquía o naturaleza, pertenezca al nivel político.

Por eso el mero error, de derecho o de apreciación de los hechos, no puede dar lugar a responsabilidad alguna —con excepción de la política, si el cargo es de esta naturaleza⁸⁷— salvo cuando exista de por medio el dolo o una negligencia inexcusable, las que deberán ser razonablemente apreciadas de acuerdo con las circunstancias del caso y el aporte de las pruebas

⁸⁷ La responsabilidad política puede hacerse valer simplemente con la renuncia, exigida, del funcionario en cuestión. Además de las razones que mencionamos en el texto debemos agregar que una política de excesiva responsabilidad personal alienta también una forma de corrupción del “debate” o competencia política en una democracia, corrupción que se manifiesta en el uso de la denuncia, especialmente penal, con finalidades de descrédito político de la persona ante una opinión pública no debidamente informada sobre la cuestión. La denuncia inicia el proceso penal, la producción de medidas de prueba más o menos espectaculares, quizás la exigencia de una declaración indagatoria seguida de un procesamiento débilmente fundado (o fundado exclusivamente en la existencia de la, así valorada, decisión errónea), hasta llegar a la revocación de aquel, o, en un supuesto extremo, la absolución, ya con el juicio concluido. Pero para que se produzcan estas alternativas pasará mucho tiempo, y mientras tanto el político quedará sometido a la condena mediática y su fama sujeta a la instrumentación que los mismos medios quieren hacer de ella. Los argentinos tenemos una experiencia extraordinaria de este tipo de situaciones o, más bien, somos expertos en ellas.

producidas, siempre con una interpretación en favor del funcionario cuestionado.

Estos principios, entendemos, son también aplicables a la hipótesis que nos ocupa —la decisión que se aparta del dictamen— siempre de acuerdo con las circunstancias del caso, p. ej., ¿el dictamen se refiere a una cuestión reglada (la aplicación de una norma que vincula rígidamente la consecuencia jurídica con la hipótesis fáctica)⁸⁸ o se trata de un problema de valoración de hechos, de interpretación de la norma, o de otros elementos cognoscitivos científicos controvertibles por la misma ciencia de que se trate⁸⁹? También aquí es necesario no exagerar con la severidad de la apreciación de la responsabilidad, ya que de lo contrario se lograría que todo dictamen fuese, de hecho, vinculante (contrariando así su propia naturaleza, según lo vimos en § 146) y convertiríamos al órgano decisor un “esclavo” del órgano consultivo. No es necesario remarcar la gravedad adicional, para el mismo sistema democrático, que esto tendría en los casos de decisores con jerarquía y responsabilidad políticas.

⁸⁸ En el texto pensamos en el caso en que el objeto del dictamen se refiera a una cuestión “reglada”, en el sentido allí indicado, no por supuesto a la eventual naturaleza, reglada o discrecional, del acto decisorio. Aun así, el dictamen puede referirse a la validez o a la eficiencia o a la eficacia, o a todo ello, de las distintas opciones discrecionales. Reiteramos, sin embargo, que un dictamen basado exclusiva e integralmente en razones de oportunidad políticas (valga la redundancia, ya que lo puramente “oportuno”, en el ámbito público, será siempre una materia política) no es un verdadero “dictamen consultivo”.

⁸⁹ Por ejemplo, ¿el contenido del dictamen se refiere a que la estructura molecular del agua es dos átomos de hidrógeno por uno de oxígeno, o bien es acerca de una experiencia química novedosa, compleja, que importa muchas horas de estudios y experimentos de laboratorios y que es de por sí controvertida por otros estudios de la misma rama del conocimiento? En el primer caso, es obvio que un apartamiento de ese dictamen generará responsabilidad en el decisor; en la segunda hipótesis la respuesta ya no será, ni mucho menos, obvia, y dependerá de la razonabilidad circunstancial del apartamiento (por ejemplo, el prestigio científico de la opinión diversa a la del dictamen).