

El requisito de la motivación en la administración activa, consultiva y de los órganos de control.

Introducción.

La motivación es un requisito esencial del acto administrativo, en virtud del Artículo 7° de la Ley N° 19.549 de Procedimientos Administrativos.

* Abogada, Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires desde 1981; Auditora Legal por Carrera Administrativa en la Función Pública y por concurso desde 1994 a 2002. Es Auditora Ambiental egresada del Curso de Posgrado de Entrenamiento en Auditoría Ambiental de conformidad con las Normas del EARA (Environmental Auditors Registration Association, organismo certificador con sede en Londres, Inglaterra). Se ha capacitado en Auditoría en el Instituto Interno de Auditores, en la Sindicatura General de la Nación y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Participa en los seminarios de la Universidad de Salamanca -España- que realiza la Fundación de la Universidad relacionado con la Fiscalización, Auditoría y Control de la gestión de fondos públicos desde el año 2001. Es Miembro Integrante de la Comisión de Derecho Administrativo del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Ha publicado trabajos sobre Derecho administrativo y Auditoría ambiental en revistas de la especialidad.

Por Liliana G. Fleksers*

Seguramente el lector pensará que ya se ha dicho absolutamente todo sobre la motivación, tanto desde el espacio doctrinario como desde la jurisprudencia.

A nuestro entender, este elemento del acto administrativo adquiere más relevancia en estos tiempos, pues la Administración pública amplía sus órbitas de actuación, y además de ser activa y consultiva en el tiempo presente tiene la función de contralor, a partir de la creación de los órganos de control interno y externo de la Administración.

Por tanto, la explicación razonada y lógica de los hechos y el Derecho, que refleja la decisión de los órganos administrativos, en nuestro Estado de Derecho, merece un análisis continuo y permanente, relacionado con las situaciones complejas que se generan, y cuya presencia se exige a la Administración para tutelar el derecho de defensa de los particulares administrados.

Nos adelantamos y manifestamos que la Ley N° 19.549 como su Decreto Reglamentario en su texto ordenado no excluyen la actividad administrativa de los órganos de control, ya que este cuerpo normativo incluye la Administración centralizada y descentralizada, por lo que es dable resaltar que los órganos de control, y con ello nos referimos a la Sindicatura General de la Nación, que depende jerárquicamente del Poder Ejecutivo Nacional, están incluidos en la Administración centralizada, como también a las Unidades de Auditoría Internas que integran todos los órganos de la Administración centralizada y descentralizada.

Aclaremos también que la Sindicatura General de la Nación no posee un régimen especial en lo que hace al Derecho administrativo.

Distintos conceptos de la motivación.

“Cada acto administrativo responde a determinada causa o motivo.”¹ Ciertamente es que Enrique Sayagués Laso introduce en su trabajo la diversidad de opiniones que existen en la doctrina con respecto a si resulta necesario expresar la motivación como condición para su validez; acuerda en que no existen inconvenientes si la motivación está expresamente consignada en los textos de los actos o prohibida, ya que la norma debe ser cumplida en sentido estricto.

Tampoco existe la duda con relación a que casi todos los actos administrativos deben ser motivados, para que la Administración demuestre que realiza su función administrativa de acuerdo a Derecho y también para que el posterior control judicial meritúe los motivos y su unión al sistema jurídico en su totalidad. Decimos que casi todos los actos administrativos deben estar motivados porque sabemos que en ciertas materias la motivación no se consigna.

También es interesante destacar que, desde el Derecho comparado, algunos países no requieren necesariamente la motivación en los actos administrativos, como por ejemplo el sistema jurídico italiano, en el que predomina el criterio de que no existe obligación genérica de motivar los actos administrativos, salvo que los textos la impongan o que resulte de la propia naturaleza del acto.

En el Derecho francés prevalece el mismo criterio con la salvedad de que los textos expresos impongan la motivación.

Para el maestro Marienhoff, la motivación consiste en la exposición de los motivos

¹ Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Clásicos Jurídicos Uruguayos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Fundación de Cultura Universitaria, 1987, quinta edición.

que indujeron a la Administración a la emisión del acto.

Fiorini consignó en su obra: “[...] el Artículo 7º, inciso e), destaca como una carga obligatoria de la Administración pública el dictar un acto administrativo que debe ser motivado. Este valor formal lo establece la expresión ‘expresándose en forma concreta’, es decir, deberá manifestarse exterior y objetivamente excluyéndose las consideraciones que no corresponden al acto emitido”. Enseñó que un juicio es concreto cuando se manifiesta exclusivamente sobre las necesarias razones que se tomaron en cuenta para resolverlo.

Fiorini nos va guiando hacia la razonabilidad, propia de toda la actividad administrativa, quitándole la exclusividad de aquélla al acto administrativo.

Introduce la razonabilidad cuando determina la motivación como una claridad objetiva y circunstanciación a lo que es sólo causa de su creación y la ubica cuando el artículo dice: “[...] que inducen a emitir el acto”.

La motivación como consecuencia de la razonabilidad la ubica en la parte del texto que dice: “[...] debe consignar los recaudos indicados en el inciso b) del artículo, esto refiere a la causa que comprende los hechos antecedentes y el derecho aplicable”.

Califica la motivación como un recaudo esencial, imposible de ser excluido, y también como un requisito de forma con carácter de exigencia y necesidad sobre la legitimidad del acto, el que deberá ser claro, describiendo el juicio de razonabilidad, y deberá referirse exclusivamente a los hechos antecedentes que sirvieron para la calificación jurídica y a la norma que se aplica, y presentarse en forma escrita, en esclarecida exposición que fundamente las razones de hecho y de derecho que justifican la creación del acto que se emite.

“Su carácter obligatorio —concluye—, y con calificación de recaudo de esencia, impuesto por la ley procesal, excluye toda oponibilidad sobre el tema, y responde a valores de trascendencia que debe defender el jurista y la ciudadanía toda, hace a la administración de las cosas públicas, y, por ende, los actos deben ser públicos, deben motivarse para demostrar que son justos y razonables y para que pueda manifestarse el control y la crítica de la opinión pública.”²

Administración consultiva.

La Ley N° 12.954 creó el Cuerpo de Abogados del Estado que tiene a su cargo el asesoramiento jurídico y la defensa de los intereses estatales ante el Poder Judicial y de todos los organismos que integran la Administración.

La Procuración del Tesoro de la Nación, en su *Manual de estilo*, definió los dictámenes como: “[...] opiniones jurídicas fundadas en el Derecho vigente, emitidas sobre un caso concreto, destinadas a asesorar a los funcionarios habilitados que los soliciten”.

Este Manual también define las opiniones legales como: “[...] los dictámenes que el Procurador del Tesoro emite, en su carácter de Asesor Legal de la República Argentina, sobre los aspectos jurídicos de las operaciones de crédito o convenios económico financieros internacionales en los que el Estado Argentino es parte o garante”.

Se extienden las pautas y los requisitos establecidos en este Manual a los dictámenes que tienen origen en las Direcciones de Asuntos Jurídicos y de Sumarios, y

² Fiorini, *Derecho Administrativo*, T. I, Gráfica Pafemor S.R.L., 1976.

los que se emitan en los conflictos interadministrativos, los que se ajustarán en todos los aspectos a lo que se indica en el respectivo capítulo.

En cuanto a su redacción, se consigna, en el citado Manual, que además de las reglas señaladas en "Textos en General", para la redacción de los dictámenes se observarán las pautas que complementan o refuerzan aquéllas y son:

-respuesta completa, explícita, concreta, fundada y comprensible a la cuestión consultada;

-se evitarán las citas, transcripciones y referencias superfluas;

-la opinión del dictamen no deberá exponerse en forma condicional.

En cuanto a la organización del texto, el mismo se divide en:

a) Identificación: Comprende la mención del expediente en el que se solicitó el dictamen y la indicación del organismo de origen, que se consignan en el extremo superior derecho de la primera hoja del dictamen.

El resto de las actuaciones y documentación remitida con el expediente en el que se solicitó el dictamen —o las que eventualmente se agreguen con posterioridad— no deberán incluirse en la identificación, sino mencionarse en el Capítulo "Relación de hechos y antecedentes".

b) Encabezamiento: Comprende el lugar y la fecha de emisión del dictamen con mención del destinatario, y a continuación la fecha de emisión con el sello fechador.

c) Cuerpo del dictamen: su contenido es el siguiente:

1. objeto de la consulta; 2. relación de hechos y antecedentes; 3. análisis de la cuestión consultada, 4. eventualmente, síntesis de la opinión.

Al cuerpo del dictamen se le podrán incorporar otros capítulos, en los siguientes casos:

-cuando, por su extensión o complejidad, fuera necesario tratar por separado aspectos de tramitación o de procedimiento de la cuestión consultada;

-cuando, por las mismas razones, fuera necesario efectuar por separado una reseña normativa;

-cuando, por los mismos motivos, fuera necesario separar el análisis de la cuestión consultada en más de un capítulo.

En los dos primeros casos, si no se dieran las circunstancias citadas, el tratamiento de los aspectos de tramitación o de procedimiento y la mención de las normas podrán incluirse en el capítulo dedicado al análisis de la cuestión consultada.

Objeto de la consulta.

Se indicará, de manera breve y concreta, y en forma impersonal, el o los problemas jurídicos sobre los que se requiere el asesoramiento de la Procuración del Tesoro.

Relación de los hechos y antecedentes.

Se reseñarán únicamente aquellos hechos y antecedentes que sean relevantes para la comprensión del caso y, fundamentalmente, para la solución jurídica de la cuestión consultada.

En cuanto a las fechas de los hechos relatados se mencionarán sólo si tuvieran relevancia para el caso en análisis.

Cuando se hagan remisiones a actuaciones distintas a las del expediente en el que se solicitó el asesoramiento, deberán individualizarse expresamente.

Análisis de la cuestión consultada.

Implica el estudio de las cuestiones jurídicas que deban tratarse en el dictamen, y la opinión que se emita sobre ellas.

Si fuera necesario dictaminar sobre otras cuestiones distintas a las consultadas, se aclarará al inicio.

Síntesis de la opinión.

La opinión de la Procuración del Tesoro debe surgir del capítulo análisis de la cuestión consultada, pero si se lo considera conveniente, podrá incluirse un capítulo final con la síntesis de la opinión expuesta, en el que también podrán formularse las recomendaciones que correspondan.

Los dictámenes.

Son actos preparatorios. Esta actividad "preparatoria" aparece en segmentos internos de la función y del procedimiento administrativo, y no constituyen una decisión final de un procedimiento, pero sí está vinculado con el acto final.

Estos actos auxilian, colaboran y constituyen una función consultiva, y de conformidad con su denominación representan opiniones técnicas, científicas, profesionales, jurídicas y son los *dictámenes*.

Algunos opinan sobre conductas, actos, cosas, normas; otros se refieren a temas médicos, de ingeniería, de contabilidad, de distintas ramas del Derecho.

Los que tienen un contenido jurídico van adquiriendo mayor relevancia a medida que la función administrativa observa totalmente el ordenamiento jurídico vigente.

Otros esclarecen hechos, actos, conductas, y pueden tomar la forma de pericias, aunque no podemos decir que sean de manera absoluta una pericia propiamente dicha.

Los dictámenes, al cumplir con una función auxiliadora, de colaboración, de esclarecimiento, de asesoramiento, serán el sostén para que los agentes, funcionarios y órganos puedan adoptar decisiones y emitir un acto administrativo legítimo y justo.

Si bien recomiendan, asesoran, con sus opiniones, no son obligatorios para el funcionario que los solicitó, esto significa que el funcionario puede apartarse de ellos.

En general, esta actividad consultiva proviene de los servicios jurídicos y de órganos técnicos.

Para sintetizar el concepto, los *dictámenes son actos jurídicos de la Administración emitidos por órganos competentes que contienen informes y opiniones técnico jurídicas preparatorias de la voluntad administrativa*. Y cuando es solicitado para un caso concreto es una valoración axiológica.

Marienhoff sostuvo: "[...] el dictamen forma parte de los actos previos a la emisión de la voluntad, y se integra como una etapa de carácter consultivo deliberativo, en el procedimiento administrativo de conformación de la voluntad estatal".

Entonces, el dictamen deberá contener lugar y fecha, extracto del asunto, opinión fundada, con la cita de la ley, decreto o disposición reglamentaria en su caso, y relación prolija de todos los antecedentes que sirvan como elemento de juicio para resolver en definitiva, y por último, concreción de las conclusiones.

Una característica fundamental es que los dictámenes, los informes y las pericias que sirvan de elementos de juicio o no para una decisión final por adoptarse *son públicos para las partes y terceros con interés jurídico en el procedimiento*, razón por

la cual no pueden ser, en principio, declarados reservados.

No existen motivos para sustraerlo al conocimiento del interesado, y Gordillo señala al respecto: “[...] tampoco deben desglosarse los informes o dictámenes, porque ello impide el leal conocimiento de las actuaciones administrativas y lesiona el derecho de defensa”.

La reserva de dictámenes queda restringida a otro tipo de cuestiones específicamente reguladas por las normas de procedimientos administrativos.

Administración de contralor.

A partir de la Ley N° 24.156, “Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional”, analizaremos también la motivación que contienen los informes emitidos por los órganos de control, que integran la Administración pública.

Realizamos una breve síntesis de las disposiciones de esta ley.

La Ley N° 24.156 en su Artículo 100 asigna a la Sindicatura General de la Nación (SiGeN) el Sistema de Control Interno, el que está conformado por la SiGeN como Órgano Normativo, de Supervisión y Coordinación, y por las Unidades de Auditoría Interna que han sido creadas en cada jurisdicción y en las entidades que dependen del Poder Ejecutivo Nacional. Estas unidades dependen jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo y actúan coordinadas técnicamente por la Sindicatura General, y los dictámenes e informes que se emiten en el ejercicio de esta actividad de control deben adecuarse al Derecho administrativo.

Su Artículo 1° determina que la ley establece y regula la Administración financiera

y los sistemas de control del Sector Público Nacional. El Artículo 3° establece que los sistemas de control comprenden las estructuras de control interno y externo del Sector Público Nacional y el Régimen de Responsabilidad que estipula y está asentado en la obligación de los funcionarios de rendir cuentas de su gestión.

La SiGeN y la Auditoría General de la Nación serán los Órganos Rectores de los Sistemas de Control Interno y Externo respectivamente (Artículo 7°).

Esta ley (N° 24.156) crea la SiGeN como un Órgano de Control Interno del Poder Ejecutivo Nacional, y es una entidad con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera dependiente del Presidente de la Nación (Artículos 96 y 97).

Entre sus funciones, se destaca la de atender pedidos de asesoría que le formulen el Poder Ejecutivo Nacional y las autoridades de sus jurisdicciones en materia de control y auditoría.

Son materia de su competencia el Control Interno de las Jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependen del mismo, sus métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica (Artículo 98)

Las funciones de la SiGeN están fijadas en el Artículo 104 de la Ley N° 24.156, y no podemos dejar de mencionar que protege el patrimonio público.

Actividad consultiva del órgano de control. Sistema de Precios Testigo regulado por la Sindicatura.

Con relación a las contrataciones del Estado, se dictó la Resolución SiGeN N° 96/1998 del 19-10-1998.

Considerando el Decreto N° 558/1996, que estableció que las compras y contrataciones que se realicen en los ministerios y secretarías de la Presidencia de la Nación y organismos centralizados y descentralizados de la Administración pública nacional, cuyos montos superen las escalas que determine la SiGeN, deberán someterse al control del Sistema de Precios Testigo, explicando que con dicho control se busca lograr una mayor transparencia de la gestión de los actos de gobierno.

Se han obtenido cifras estadísticas que permiten comparar convenientemente los requerimientos, demostrados por adecuados importes de ahorro en compras.

Por el Decreto N° 814/1998 se autorizó a percibir a la SiGeN un arancel para sufragar los gastos que ocasiona el mantenimiento del Sistema de Precios Testigo.

Ello así, los ministerios, las secretarías de la Presidencia de la Nación y los organismos centralizados y descentralizados de la Administración pública nacional en las actuaciones vinculadas a las compras y contrataciones que se realicen deberán abonar a la Sindicatura un arancel por la aplicación del sistema, de conformidad con la escala que en la resolución se establece (para Licitaciones Públicas, Privadas y/o Concursos Privados de Precios y Contrataciones Directas, estableciendo montos en cada uno de ellos con relación a los cuales se fija el arancel).

La resolución que se comenta determina también los porcentajes por aplicar para la determinación de honorarios, —que se percibirán— sobre la base de montos netos del Impuesto al Valor Agregado (IVA), como también los correspondientes al tiempo de la tramitación cuando se trate de compras que tengan por objeto locaciones de inmuebles, tanto en el país como

en el extranjero, estableciéndose también que los gastos de traslados, viáticos u otros conceptos asociados a la movilización de recursos humanos se facturarán por separado, acompañados por los comprobantes respectivos.

Es decir que la solicitud de intervención a la Sindicatura para aplicar el Sistema de Precios Testigo *genera una actividad consultiva del órgano de control*.

Consecuentemente esta actividad es de asesoramiento, —que es técnico— y se refleja en la emisión de un informe, previo dictamen, con la Intervención de la Gerencia correspondiente que se produce paralelamente a la tramitación de la contratación. Este informe, con posterioridad, integrará el acto administrativo que el funcionario dicte.

Como quedó dicho, la Sindicatura, a través de la Gerencia con competencia, emite un informe que tiene que contener elementos de juicio suficientes y analíticos como para evaluar cada contratación, en un lapso máximo de doce días para realizar los relevamientos en el mercado local y catorce días para realizarlo en el mercado internacional.

También se planifican las tareas para los organismos requirentes, en la Resolución SiGeN N° 55/1996.

Nos referimos también a otro órgano de control, que es la Auditoría General de la Nación, consagrada expresamente en la Constitución Nacional, y por su Artículo 85 debe realizar el Control Externo del Sector Público Nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, control que será una atribución propia del Poder Legislativo.

Nuestra Ley Fundamental establece en su Artículo 85, párrafo segundo, que el exa-

men y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y la situación general de la Administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.

El artículo citado establece: “El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos será una atribución propia del Poder Legislativo. El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y la situación general de la Administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación. Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El Presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores del Congreso. Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la Administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos”. Señalamos que la Carta Magna impone la emisión de dictámenes, que no se diferencian de los dictámenes que emite la Administración pública.

La Auditoría General de la Nación tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la Administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera sea su modalidad de organización y las demás funciones que la ley le otorgue.

Estos controles, si bien se elaboran en un informe, requieren el análisis y la posterior elaboración de un dictamen que se consignará expresamente en el informe pertinente.

Comentario de la Resolución SiGeN N° 95/2002.

Encontramos una norma que llama poderosamente la atención, pues contraría los institutos del Derecho administrativo y la jerarquía de las normas –que más adelante trataremos–, y reside en que por Resolución N° 95/2002 del 18 de julio de 2002, la Sindicatura declaró de carácter reservado los antecedentes que respalden y sustenten los valores y las conclusiones correspondientes a cada informe emitido aplicando el Sistema de Precios Testigo.

En los considerandos de esta resolución se consignó el siguiente fundamento para declarar la reserva, el que detalla: “[...] en este sentido, la metodología y los antecedentes de elaboración de cada informe de precios testigo son un material altamente sensible, el cual, en consecuencia, resulta necesario preservar de indebidas divulgaciones, con el fin de garantizar la privacidad de los datos relevados así como asegurar la continuidad de las fuentes proveedoras de información”. Se consignó en los considerandos que la Gerencia de Asuntos Jurídicos de la Sindicatura tomó intervención.

Es así que se impone un precio de acuerdo con el sistema de obtención de precio testigo, sin suministrar explicaciones a la Administración activa ni a los particulares administrados, pues se hace saber el precio determinado de acuerdo con las investigaciones, con excepción de los fundamentos que llevaron a decidirlo, y que está reflejado en los papeles de trabajo, que

deben respaldar la decisión con respecto al precio.

Estos informes/dictámenes son vinculantes o preceptivos ya que la decisión de la Sindicatura es receptada por el funcionario del organismo requirente, considerando que cuando la Administración tiene que recurrir al Sistema de Precios Testigo la conclusión del órgano de consulta es una norma obligatoria para el órgano activo.

La motivación de esta resolución declarando la reserva carece de una explicación lógica y razonada, y hasta podemos sostener que configura conceptos jurídicos indeterminados. Asimismo podemos agregar que se aparta totalmente de los requisitos establecidos por la Ley N° 19.549, y no resulta posible comparar su significado.

Este informe es receptado, como se dijo, por el funcionario de la Administración activa y puede beneficiar o perjudicar a los oferentes, ya que carece de la documentación de respaldo que indique cómo puede ser conocido, que explique cómo se arribó a la conclusión, y no es posible tomar conocimiento del mismo, ni por la Administración ni por el particular.

Al igual que el dictamen, este informe no es susceptible de ser impugnado —ya que no es un acto administrativo porque no refleja la voluntad de la Administración—, tampoco se puede recurrir, y solamente el particular puede manifestar por escrito su disconformidad y ejercer su derecho de defensa, para el caso en que el funcionario lo incorpore en su decisión final —acto administrativo— y esta adopción por la Administración activa —es decir, por la autoridad que requirió la intervención de la Sindicatura en la contratación— lo perjudique en su posición en la contratación.

Nos preguntamos entonces, ¿la declaración de reserva tiene las mismas bases en las normas jurídicas citadas?

Desde ya, existen diferencias que trataremos a continuación.

El particular accede al expediente, ejercitando el derecho a la vista que le concede el Artículo 38 del Reglamento de la Ley N° 19.549 en su texto ordenado, y así toma conocimiento y se informa; con posterioridad este conocimiento le permitirá realizar —en el supuesto pertinente— una defensa eficaz (CSJN, *Fallos*: 215:357).

Es importante recordar que el derecho a la vista está vinculado con el ejercicio del derecho de defensa, de neto raigambre constitucional (Artículo 18), receptado por la LPA cuando instituye en favor del particular su derecho a una decisión fundada.

Por el artículo citado, el interesado, su apoderado o letrado patrocinante pueden tomar vista del expediente durante todo el trámite, y la Administración debe otorgar la vista, con la excepción de las actuaciones, diligencias, informes o dictámenes, que a pedido del órgano competente, y previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente, son declarados reservados o secretos mediante decisión fundada del Subsecretario del Ministerio o del Titular del Ente Descentralizado.

De lo expuesto surge claramente que la limitación a la vista está dada por la declaración de reserva respecto de las actuaciones, diligencias, informes o dictámenes, mediante el trámite referido en el párrafo que antecede.

Decimos que la declaración de reserva es una limitación porque el principio general que reina es el de la *Publicidad de los actos del Estado*, y esta declaración de reserva veda el conocimiento al ciudadano.

Entonces, el principio general es el de la *Publicidad* de todos los actos estatales, al ser un requisito del sistema democrático y republicano. Sin perjuicio de ello, la Administración está facultada para declarar actuaciones de carácter reservado, de conformidad con la Ley N° 19.549 y su decreto reglamentario, respetando los requisitos y competencia.

Con relación a la ley y su decreto reglamentario la calificación como secreta es una cuestión jurídica —de ahí el asesoramiento del servicio jurídico—, basada en cuestiones de hecho y, como tal, susceptible de ser recurrida. Siendo el principio general de un Estado de Derecho como el nuestro, el carácter público de los actos estatales, toda reserva de actuaciones debe ser de interpretación restrictiva.³

La reserva de las actuaciones tiene que ser decidida con el cumplimiento previo de ciertos requisitos, que se inician con una decisión fundada, esto es motivada (inciso e) del Artículo 7° de la LPA), con un asesoramiento previo del servicio jurídico (inciso d) del Artículo 7° de la LPA), la que tiene que ser declarada por el órgano competente —ya regulada por el Artículo 38 comentado—. Procede cuando la solicita el órgano competente, y de oficio, también procede.

La declaración de reserva solamente comprende ciertas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes y no puede afectar todo el expediente.

Por lo general esta calificación se refiere a ciertos proyectos de decretos por operativos militares o de fuerzas de seguridad, adquisición, fabricación o venta de mate-

rial bélico, estructuras orgánicas de ciertos servicios, designación de personal militar o de seguridad y también se corresponden con las prescripciones del Decreto N° 333/1985.

Entonces, declarada la reserva de determinadas actuaciones, el interesado no tiene acceso a ellas.

Como comentamos, la reserva no puede afectar todo el expediente, y si lo hace el particular queda totalmente desprotegido, pues no podrá efectuar impugnaciones, con la correspondiente vulneración del ejercicio del derecho de defensa.

Existe una contradicción entre las dos normas comentadas, que se aplican al particular administrado.

Nos preguntamos, entonces, *¿cuál es la necesidad que induce a la Sindicatura a declarar esta reserva en la investigación de precios testigo en una licitación cuando no se trata de una cuestión de Estado?* Esta pregunta está basada en que las investigaciones que realiza son investigaciones tanto de mercado nacional como internacional, conocidas en todos los países, y de manera alguna se puede comparar con una cuestión de Estado para declarar su reserva.

Además este tema está vinculado con la libre competencia que rige en todo el mundo, y su reserva no puede menoscabar derechos del ciudadano, en este aspecto.

El particular tiene el derecho de acceder a todos los datos, máxime cuando se trata de su actividad específica, por lo que no existe ningún motivo para no darlos a conocer. En todo caso, esta función que cumple la Sindicatura tendría que estar vinculada con la adecuación de los precios, con su razonabilidad, con su conveniencia, comparando calidad, tecnología, valor, utilidad en el tiempo, garantías.

³ Hutchinson, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Ley N° 19.549, Astrea, 2003, 7ª edición actualizada y ampliada, p. 286.

El dictamen es un requisito esencial del acto administrativo.

Así lo establece el Artículo 7º, inciso d) de la Ley N° 19.549, ya que antes de la emisión del acto administrativo deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. El mentado artículo expresa: “[...] sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar Derechos subjetivos e intereses legítimos”. Ello así, el dictamen es exigido como un requisito esencial del acto para el caso que afectare situaciones jurídicas subjetivas.

La declaración de reserva y su relación con los principios que rigen el procedimiento administrativo.

Los principios que rigen el procedimiento administrativo protegen al particular y, a continuación, mencionaremos los específicos y medulares.

El prioritario es el *Principio de Legalidad*, que debe existir por su propia naturaleza en toda la actuación de la Administración.

El Artículo 1º, apartado f), incisos 2 y 3, tutela el debido proceso adjetivo, que comprende: el derecho a ser oído: 1) De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus Derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. 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;

2) De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la Administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la Administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la verdad jurídica objetiva; todo con el control de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio; 3) Derecho a una decisión fundada, que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.

La declaración de reserva efectuada por la SiGeN para el caso que comentamos vulnera la garantía constitucional de la defensa en juicio, tutelado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y no debemos olvidar que el respeto de esta garantía constitucional no solamente defiende el interés privado sino también el público, ya que con el procedimiento se persigue la satisfacción del interés público.

En cuanto al derecho a ser oído, su significado y su utilidad real es que el particular pueda tener un efectivo conocimiento de las actuaciones administrativas, que se materializa con la “vista”, pero en este caso se ve absolutamente limitado pues no puede acceder a los fundamentos que sostienen el informe vinculado con el precio testigo, ya que la documentación de respaldo ha sido declarada reservada.

También se restringe el derecho del particular en cuanto a su posibilidad de ofrecer prueba, para el supuesto que el precio testigo determinado no le resulte favorable, antes que la Administración decida la cuestión emitiendo un acto administrativo que recep-

te el precio testigo recomendado. De este modo, el particular se ve privado de oportunidades en cuanto al ejercicio de su derecho de defensa (CN Cont. Adm. Federal Sala IV, 30-12-1999 "Uromar S.A.", *Jurisprudencia Argentina*, 2000-IV-668).

En cuanto al derecho a una decisión fundada, la Administración está obligada a dictar un acto administrativo debidamente fundado, lo que no sucede en estos casos, toda vez que si bien puede receptor el informe del precio testigo, no realiza lo propio con la documentación de respaldo, por lo que la fundamentación no estaría completa, y también incidiría negativamente en los principios de congruencia y de legalidad objetiva.

Siguiendo a Hutchinson, "[...] el derecho a una decisión fundada se conecta en su faz pasiva con el deber genérico de motivar los actos administrativos (Artículo 7º, inciso e), lo que no impide que la motivación sea *in aliunde*" (CN Cont. Adm. Federal, Sala I, 11-04-1997, "Edelman", *Jurisprudencia Argentina*, 2000-IV-215, secc. Índice, sum.1). Se exige esta fundamentación como una garantía para los habitantes, que así pueden controlar los actos de los funcionarios y hasta obligarlos a que sus decisiones confirmen los hechos, la presunción de legitimidad que se les atribuye (*op. cit.*, p. 64).

La falta de motivación acarrea la nulidad del acto —porque el acto que dicta el funcionario se basa en un informe cuya motivación se desconoce—, está vinculada con el control de la gestión pública, y al estar viciado el acto, genera su nulidad.

No podemos obviar que existe una clara vinculación entre la motivación y la arbitrariedad. Para Fiorini, la motivación es el modo concreto con carácter de esencia de la forma exterior del acto; su carencia,

como sucede en el caso, determina la arbitrariedad del acto, máxime frente a la falta de sus elementos esenciales. También resultan aplicables al tema en tratamiento las consideraciones de Linares en cuanto señala la existencia de arbitrariedad en los actos que dicta la Administración cuando ésta "sustenta el acto en afirmaciones dogmáticas o da un fundamento sólo aparente", por lo que en el criterio de Linares se incurre en autocontradicción, a lo que debe agregarse el absurdo lógico u ontológico insubsanable por interpretación, aplicando así los criterios elaborados por Genaro Carrió en materia de arbitrariedad de sentencias judiciales.⁴

Conclusiones.

Se vulnera la jerarquía normativa, expresamente prevista por nuestra Constitución Nacional, en su Artículo 31, que recordamos: "Esta Constitución, las Leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la Ley Suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contenga leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1959".

Consecuentemente las resoluciones de la Sindicatura son de jerarquía inferior a la Ley de Procedimientos Administrativos y a su decreto reglamentario.

Se conculcan los derechos de los particulares administrados, apuntando a la restric-

⁴ Linares, Juan F., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, pp. 322/2.

ción que llega hasta impedir el ejercicio del derecho de defensa.

Se desnaturaliza el instituto de la reserva de las actuaciones, en sí mismo, como también el procedimiento empleado para regularlo.

Si bien la Sindicatura depende del Poder Ejecutivo Nacional, esta independencia del resto de la Administración central no la autoriza a contradecir las normas administrativas ni el Derecho público, por lo que debe respetar las leyes, los decretos y reglamentos, lo que significa que debe observar siempre todo el plexo normativo.

Resultando que cumple con fines de interés público y posee una hacienda, entendida como la coordinación activa de personas y bienes cuyo resultado es la producción de bienes que satisfacen necesidades humanas que pueden ser públicas y privadas, debe realizar su gestión con eficacia, eficiencia, economía y transparencia.⁵

A través del Sistema de Precios Testigo, obtiene recursos –dentro de una serie de conceptos–, lo que implica una recaudación, y por otra parte una erogación para los organismos requirentes, por lo que si se abona un servicio se debe conocer su contenido, que se aplica en definitiva en la Administración, es decir, en el ámbito público. Ello implica que su patrimonio se integra por retribuciones por servicios especiales que presta, como es el sistema en análisis, con más otras retribuciones por otras actividades que presta al sector público y éste debe abonar.

La doctrina citada en las notas preliminares mencionadas establece que al adoptar la Sindicatura una forma descentralizada

de actividades administrativas que lleva ínsita la creación de un ente con competencia para administrarse o autogobernarse, conforme a estatutos orgánicos provenientes de un poder superior, ya está señalando su subordinación al plexo normativo antes mencionado.

La noción reúne además otras condiciones que deben verificarse en el ente autárquico, tales como la *satisfacción del fin estatal, típicamente administrativo, y la sujeción a un régimen integral de Derecho público*. Esto refuerza más el impedimento de dictar normas contrarias al régimen de Derecho público y administrativo.

Entonces, se requiere calidad en el servicio prestado; que se encuentre proporcionado con el dinero que se abona; con el asesoramiento que se presta, que debe ser completo y útil, y conforme a derecho, por lo que la Sindicatura debe observar la calidad del informe final que brinda a la Administración.

Además, si los informes de Auditorías que emite la Sindicatura son públicos, porque los ciudadanos los pueden conocer ya que son publicados en la página de Internet de la misma, a la que cualquier persona tiene acceso, no se comprende el motivo de la reserva de los datos que constituyen los papeles de respaldo del informe de precios testigo.

Para el supuesto de dudas, las mismas se resuelven con las opiniones de la Procuración del Tesoro de la Nación que ha sostenido: “[...] en distintos casos cabe la remisión a las normas de la LNPA aunque más no sea supletoriamente (*Dictámenes*: 174:28; 179:14; dictamen 171/90, *BO* del 23-01-1991).

⁵ Notas Preliminares a la Ley N° 24.156, las que se pueden visualizar en la página de Internet de la Sindicatura: www.siggen.gov.ar.

