

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 16 de febrero de 2005, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Soria, Negri, Roncoroni, de Lázzari, Pettigiani, Hitters, Genoud**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa B. 59.986, "Caselli, Juan Carlos contra Provincia de Buenos Aires (Inst. de Loterías y Casinos). Demanda contencioso administrativa".

A N T E C E D E N T E S

I. Juan Carlos Caselli, a través de apoderado, promueve demanda contencioso administrativa contra la Provincia de Buenos Aires, Instituto Provincial de Lotería y Casinos, solicitando la anulación de las resoluciones D-1926/1998 del 9-IX-1998, y D-35/1999 del 13-I-1999. Por la primera, se le aplicó la sanción de cesantía, con sustento en lo dispuesto por los arts. 27 inc. "a" y 32 inc. "f" del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública, a la vez que se le impuso un cargo deudor de cien pesos. Por la segunda, se rechazó el recurso interpuesto contra el acto segregativo.

En consecuencia, solicita se declare la inconstitucionalidad de la citada resolución D-1926/1998,

se ordene la reincorporación al cargo que poseía y se condene a la demandada al pago de los haberes dejados de percibir, con más actualización, intereses y costas, y la reparación por daño moral.

II. Corrido el traslado de ley se presentó la Fiscalía de Estado a contestar la demanda, y tras argumentar a favor de los actos administrativos impugnados, solicitó su íntegro rechazo.

III. Agregadas las actuaciones administrativas, los alegatos de ambas partes, la causa quedó en estado de plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1ª ¿Es fundada la demanda?

En caso afirmativo:

2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

I. Relata el actor en su demanda (fs. 11/19), que se desempeñaba como agente del Instituto Provincial de Lotería y Casinos en el Casino Central de la ciudad de Mar del Plata.

Expresa que el día 19-IV-1997, mientras cumplía sus funciones en el turno de 00:40 a 01:40 hs. como Ayudante de Ruleta en la mesa N° 20, debió limpiarse la

nariz, por lo que solicitó permiso para sacar un pañuelo.

Señala que se limitó a satisfacer su necesidad, pero que las maniobras por él efectuadas a tal fin, fueron interpretadas de otro modo. Apunta que el Pagador Jefe y el Inspector Jefe de su mesa, consideraron que cuando se ocupaba de los indicados menesteres, guardó en uno de los bolsillos de su pantalón una ficha de cien pesos.

Añade que dicha circunstancia fue informada por sus superiores, lo que dio origen al sumario que culminó con las resoluciones impugnadas.

Afirma que de los antecedentes sumariales surge claramente que no ha violado ninguna reglamentación o disposición de carácter administrativo, como su falta de vinculación con los hechos que se le endilgan.

Denuncia que durante la sustanciación de la investigación administrativa no fue respetado su derecho de defensa, toda vez que, entre otras irregularidades que destaca, no se le hicieron saber las causas que motivaron la iniciación del sumario, no se le notificó o corrió traslado de las declaraciones testimoniales, y no se le dio la oportunidad de alegar, todo ello en franca violación de las prescripciones del dec. 1798/1980.

Asimismo, expresa, que aún considerando por vía de hipótesis la existencia de los hechos, la resolución resulta irrazonable, por no guardar proporción entre sus causas y fines.

Finalmente, plantea la inconstitucionalidad de las resoluciones cuestionadas por resultar violatorias de los arts. 14, 14 bis, 19 y 33 de la Constitución nacional y 10, 11, 12 y 15 de la provincial.

II. La Fiscalía de Estado contestó la demanda a fs. 39/46. Sostiene que en virtud del dec. 3004/1995 (30-IX-1995) y la ley 11.536, la Provincia de Buenos Aires reasumió la administración y explotación de casinos autorizados en su jurisdicción. Remarca que la ley mencionada, dispuso que el personal de los establecimientos transferidos continuaría rigiéndose por la ley 22.140 (art. 2, ley 11.536), y que por dec. 4406/1996 se estableció la aplicación del dec. 1798/1980 (Reglamento de Investigaciones Administrativas) a toda investigación sumarial que involucre al citado personal.

Afirma que de acuerdo al art. 27 de la ley 22.140, los agentes de la Administración deben prestar personal y eficientemente el servicio en las condiciones de tiempo, forma, lugar y modalidad que determinen las normas emanadas de la autoridad competente, y que el incumplimiento de tales deberes amerita la sanción de cesantía, de conformidad con lo previsto por el art. 32 inc. "f" del citado cuerpo legal.

Expresa que las decisiones de la autoridad, sustentadas básicamente en las declaraciones de otros

agentes que cumplían funciones con el actor, si bien difieren en algunos aspectos resultan coincidentes respecto a la comisión de una conducta impropia por parte del señor Caselli, consistente en retener u ocultar un objeto en su mano, y guardarlo posteriormente en su pantalón.

Resalta que la forma y prestación de servicios de los agentes del casino, están regladas por normas internas acordes a la función, concluyendo que la conducta del reclamante dejó de guardar la debida transparencia, incurriéndose en violación al art. 27 inc. "a" del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública.

En relación a la violación del derecho de defensa invocado por el demandante, alude que no se ha demostrado en forma concreta cual ha sido el agravio producido mediante las irregularidades que denuncia, como así tampoco -agrega-, ha manifestado aquel de cuáles defensas se vio privado, siendo que, además, pudo hacer valer sus derechos tanto al presentar un recurso de reconsideración, como en sede judicial.

III. De las actuaciones administrativas agregadas sin acumular (expte. 2319C-1720/1997), se desprenden los siguientes elementos útiles para resolver la causa:

1. El 19-IV-1997 el señor Pérez -Pagador Jefe de Ruleta-, informó a su superior que el ayudante de su mesa, mientras sacaba un pañuelo de su bolsillo retuvo un objeto

en su mano derecha, y que al ser observado efectuó algunas maniobras anormales. Luego, según los dichos de Pérez, el agente Caselli arrojó un pañuelo descartable mientras se llevó la citada mano al bolsillo trasero de su pantalón, movimientos que a juicio del declarante, resultaron irregulares e impropios de la función (fs. 2, exp. adm. cit.).

2. A fs. 4, obra el informe efectuado por el Jefe Inspector de Ruleta, señor Oliva, quien manifiesta que Caselli solicitó permiso para extraer un pañuelo, pero que extrajo un paquete de pañuelos descartables. Afirma, además, que dicha circunstancia observó que el actor tenía en su mano derecha una ficha de \$ 100 que guardó en su bolsillo derecho al tiempo de guardar el mencionado paquete.

3. El 25-IV-1997 el Director de Administración del Instituto dispuso el pase al Departamento Legales de la jurisdicción Casinos, a fin de efectuar la instrucción del sumario (fs. 7).

4. A fs. 11 se agregaron las declaraciones de los agentes Oliva y Pérez, haciéndolo el primero a tenor de lo dispuesto por el art. 40, párrafo segundo del dec. 1798/1980, y el segundo en carácter de testigo.

5. A fs. 12 obra la declaración del señor Caselli, quien expresa que pidió permiso para extraer un

pañuelo y que sacó un paquete de pañuelos descartables. Agrega, que una vez cumplida su necesidad guardó el citado envoltorio, actuando siempre con la adecuada transparencia.

6. A fs. 16/17 se agregó la foja de antecedentes del sumariado, de la que se desprenden 16 sanciones asentadas con anterioridad al hecho motivo de la investigación.

7. Por medio de la resolución P-101/1997 se dispuso la suspensión preventiva del demandante (fs. 18).

8. A fs. 26/27 el instructor dispuso el cierre del sumario y elevó sus conclusiones. Consideró que los hechos acreditados creaban una objetiva desconfianza hacia el empleado, dando lugar a la cesantía del mismo por aplicación del art. 32 inc. "f" de la ley 22.140. Además, imputó la comisión de una falta al señor Oliva, propiciando a su respecto una sanción de diez días de suspensión.

9. El 22-VII-1997 el señor Caselli presentó su descargo (fs. 28/32), en el que realiza su propia interpretación de los hechos, y tras invocar la existencia de contradicciones en los testimonios obrantes en la investigación, solicita su absolución. No ofrece prueba alguna.

10. A fs. 37 el instructor efectuó una ampliación de sus conclusiones, la que fue contestada por el actor a fs. 41.

11. Por resolución D-1926, dictada el 9-IX-1998, se dispuso la cesantía del demandante, y se le formuló un cargo deudor de \$ 100 (fs. 55/56), cuyo pago consta a fs. 60/61.

12. El 1-X-1998 Caselli presentó un "recurso de alzada", el que tras los dictámenes del Departamento Legales (fs. 69) y el de Asesoría General de Gobierno (fs. 72), que propiciaban su rechazo, fue desestimado por extemporáneo mediante resolución D-35, dictada el 13-I-1999 (fs. 77).

IV. Así expuestos los antecedentes de la causa, corresponde dilucidar la pretensión ventilada en esta instancia, por la que el actor persigue la anulación de la sanción de cesantía que le fuera aplicada.

1. Liminarmente corresponde señalar que la fiscalización jurisdiccional de los actos administrativos, aún de aquéllos que traducen el ejercicio de la potestad disciplinaria, no exhibe en principio, elemento estructural alguno que conlleve un trato diferencial a la hora de establecer su impugnabilidad en sede procesal administrativa, ni menos todavía, un acotamiento en las causales determinantes de su invalidez. Bajo la observancia de la regulación material que les sea aplicable, tales actos también se encuentran comprendidos por las normas y principios informadores de la juridicidad administrativa;

ellos traducen un quehacer que, como tal, está sujeto a control y eventual invalidación judicial al comprobarse, no sólo arbitrariedad o irrazonabilidad, sino también la concurrencia de cualquier otra causal de nulidad prevista en el ordenamiento positivo (arg. arts. 103, 108 y conc., dec. ley 7647/1970; confr. mi voto en las causas B. 59.078, "González", sent. del 28-V-2003; B. 58.328, "Millar", sent. del 21-V-2003; B. 57.563, "Agliani", sent. del 4-VI-2003).

2. Bajo tales parámetros, cabe analizar los vicios imputados a la resolución que dispuso la cesantía.

3. El demandante, amén de controvertir las declaraciones testimoniales que dieron paso a la sanción que impugna -las que tilda de contradictorias-, denuncia que en la sustanciación del sumario no se respetaron las normas y procedimientos establecidos en el dec. 1798/1980, y que tal inobservancia ha importado una violación al derecho de defensa (v. fs. 14).

Específicamente, afirma que en su declaración ante el instructor del sumario no se le hicieron conocer las causas que motivaron la iniciación de la investigación ni la responsabilidad que se le atribuía. Por otro lado, puntualiza que las declaraciones testimoniales fueron practicadas sin habersele notificado previamente de su realización o corrido traslado de las mismas, y que tampoco se le dio oportunidad de alegar, una vez producido el

informe del instructor, en violación a lo dispuesto por los arts. 43, 45, 46 y 89 del dec. 1798/1980.

4. El representante de Fiscalía de Estado, al responder los reproches relativos a indefensión aducida por el actor, plantea que éste no ha indicado cuál habría sido concretamente el agravio producido por las infracciones invocadas. Asimismo, expresa, con cita de precedentes de este Tribunal, que no puede considerarse conculcado el derecho de defensa, si el afectado tiene en la posterior acción judicial la oportunidad de presentar su defensa y ofrecer la prueba de descargo en pro de sus pretensiones (doctr. causas B. 46.590, "Almazan", sent. de 13-VI-1972, "Acuerdos y Sentencias", 1972-II-99; B. 46.679, "Cáceres", sent. de 4-VI-1974, "Acuerdos y Sentencias", 1974-II-79, entre otras).

5. En reiterados pronunciamientos, esta Suprema Corte ha sostenido que el cuestionamiento de una resolución administrativa, fundado en los vicios evidenciados en el procedimiento, en principio se halla excluido de su conocimiento, por cuanto en esta jurisdicción el afectado puede ejercer su defensa y probar las irregularidades incurridas por la entidad pública. No obstante, tal criterio cede paso cuando la irregularidad en el trámite previo al acto administrativo configura un atentado irreparable al derecho de defensa (doctr. de las causas B.

48.976, "Fernández", sent. de 19-VI-1984; B. 55.872, "Pretto", sent. de 20-IV-1999; B. 53.911, "Moyano", sent. de 7-III-2001; entre muchos otros).

6. La posición reseñada puede interpretarse en el sentido de proclamar que la ilegitimidad del trámite administrativo es subsanable en sede judicial (conf. Linares Juan F. "La garantía de defensa ante la Administración", "La Ley", 142-1137). No comparto que ese criterio sea aceptable como principio general.

En primer lugar, por cuanto en un Estado de Derecho, el principio de legalidad impone a las Administraciones Públicas un obrar consistente con el ordenamiento jurídico (doctr. causas B. 56.364, "Guardiola", sent. de 10-V-2000; B. 54.852, "Pérez", sent. de 10-V-2000; B. 55.010, "Chaina", sent. de 2-VIII-2000, entre otras). Desde esa perspectiva, el adecuado cumplimiento del procedimiento configura un elemento inherente a la legitimidad del acto administrativo (conf. art. 103, dec. ley 7647/1970).

Por otra parte, entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, no es dable interpretar la existencia de una relación de continuidad, en la que la indefensión producida en el primero pueda solucionarse en el segundo.

Por cierto, no se trata de sostener que cualquier

irregularidad en el procedimiento, por intrascendente que fuere, ha de proyectar inexorablemente sus consecuencias invalidatorias. Lo que interesa destacar en función de las razones expuestas apunta a otro propósito. Así, cuando en el caso enjuiciado se advierte la inobservancia o el quebrantamiento de trámites esenciales del procedimiento administrativo, la invalidez consecuente de la decisión no resulta -en principio- susceptible de ser saneada, ante el ejercicio eventual de una pretensión anulatoria judicial por parte del afectado.

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha mantenido una postura uniforme sobre el punto, aceptando en ocasiones la posibilidad de la subsanación ("Fallos", 290:293; 296:106; 311:56; 315:954) y rechazándola en otras ("Fallos", 295:726; 302:283), en reciente pronunciamiento, por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, se ha expedido ponderando el valor invalidante de la omisión de trámites esenciales del procedimiento administrativo ("Adidas Argentina y otros c/Estado nacional s/amparo ley 16.986", sent. de 21-V-2002; "El Derecho", Suplemento D. Administrativo de 28-VI-2002).

En un sentido análogo esta Suprema Corte ha hecho adecuada aplicación de los principios reseñados, al invalidar un acto relativo a la interpretación de una prohibición legal que había sido emitido sin el dictamen

jurídico previo, trámite reputado esencial (causa B. 64.413, "Club Estudiantes de La Plata c/Municipalidad de La Plata s/Amparo", sent. de 4-IX-2002).

7. Hecha la salvedad anterior, y bajo las pautas indicadas, procede examinar las irregularidades del procedimiento denunciadas por el actor.

8. La primera de las quejas, relacionada con la falta de conocimiento sobre los motivos de la investigación, se contradice con los dichos del propio imputado, quien en la carta documento remitida a la instrucción tras su declaración (fs. 22, exp. adm. cit.), expresa: *"El día 2 de mayo de 1997, soy llamado por el Jefe Departamento Sumarios... quien me toma declaración imputándome el robo de una ficha de la mesa de juego, que habría acontecido el día 19 de abril de 1997..."*. Queda claro, pues, que la deficiencia invocada no ha sido debidamente corroborada.

9. El segundo agravio, cuestiona la falta de comunicación previa de las declaraciones de los agentes Pérez y Oliva.

Juzgo que la apuntada falencia, de acuerdo a las particulares circunstancias de la causa, no ha configurado un vicio capaz de violentar el derecho de defensa del actor (cfr. mi voto en la causa B. 57.563, "Agliani", sent. de 4-VI-2003).

Es cierto que la sanción cuya legitimidad se debate en el **sub lite**, se fundamentó -principalmente- en las declaraciones prestadas en el sumario por los citados agentes, los que, junto con el demandante, prestaban servicios en el Casino Central de Mar del Plata (v. fs. 11 y 55/56, exp. adm. 2319-22.261). Mas también lo es que tales declaraciones eran conocidas plenamente por el sumariado al tiempo de efectuar su descargo, según se desprende del escrito defensivo obrante a fs. 28/32 de las actuaciones administrativas, donde amén de transcribirlas, las analiza exhaustivamente. Sin embargo, en tal escrito no impugnó la validez de las actuaciones relativas a las declaraciones mencionadas, ni ofreció prueba tendiente a desvirtuarlas, tal como estaba a su alcance según lo dispuesto por el art. 66 del dec. 1798/1980. Esta norma, cuadra precisar, admite para el caso de discordancia de los testimonios la posibilidad de requerir careos entre testigos, testigos y sumariados o entre sumariados.

10. Corresponde agregar aún, que si bien es cierto que el demandante al tiempo de recurrir en sede administrativa la sanción aplicada, invocó violación de su derecho de defensa, tales alegaciones no fueron tratadas por la autoridad por cuanto su decisión se limitó a desestimar el recurso en razón de haber sido presentado fuera de plazo (cfr. resolución D-35/1999). Tal cuestión,

empero, no fue abordada por la Fiscalía de Estado al tiempo de contestar la demanda, quien no opuso reparos a la admisibilidad de la pretensión (conf. arts. 1 y 28, inc. 1º, C.P.C.A.), permitiendo así el debate sobre el fondo del asunto.

11. Tampoco es de recibo el reproche sobre la ausencia de posibilidad de alegar. En efecto, tras el informe del art. 83 del dec. 1798/1980, donde el instructor analizó la prueba reunida en el sumario, el imputado efectuó su descargo (fs. 28/32, exp. adm. cit.), lo que motivó una ampliación de conclusiones por parte del sumariante (fs. 38), que resultó rebatida por el actor (fs. 41/42). Se aprecia pues, que este último pudo válidamente explayarse sobre el mérito de la prueba obrante en la investigación, por lo que sus críticas en el presente tópico, merecen ser desechadas.

12. En consecuencia, considero que la mera invocación de violación del derecho de defensa en el procedimiento administrativo, no habilita, sin más, a invalidar la decisión de la autoridad, si el recurrente -como ocurre en el **sub lite**-, no ha cuestionado en forma oportuna y eficaz la validez de la prueba en que se fundó la imputación, y ha omitido el uso de los medios probatorios que el ordenamiento ponía a su alcance para desplegar su actividad defensiva.

V. Descartados los reproches examinados, corresponde abordar la razonabilidad de la sanción cuestionada, en tanto, a juicio del actor, la medida no guardaría adecuada proporción entre sus causas y fines (v. fs. 17, pto. 2.).

1. La resolución D-1926/1998 dispuso la cesantía del actor, por grave violación al deber prescripto por el art. 27 inc. "a" de la ley 22.140, con fundamento en el art. 32 inc. "f" del citado régimen (v. fs. 56, exp. adm. cit.).

El art. 27 inc. "a" prescribe: "El personal tiene los siguientes deberes, sin perjuicio de los que particularmente establezcan otras normas: a) Prestar personal y eficientemente el servicio en las condiciones de tiempo, forma, lugar y modalidad que determinen las normas emanadas de autoridad competente".

A su turno, el art. 32 establece: "Son causas para imponer cesantía: ...f) incumplimiento de los deberes determinados en el art. 27 o quebrantamiento de las prohibiciones determinadas en el art. 28, cuando a juicio de la autoridad administrativa, por la magnitud y gravedad de la falta así correspondiera".

2. Considero que no se encuentra acreditada la irrazonabilidad denunciada.

3. La autoridad administrativa, al momento de

efectuar la imputación, dejó debidamente aclarado que la forma y modalidad de prestación de los servicios del actor, se encontraba reglada por normas internas, siendo obligación del Ayudante de Mesa, y en general de todo empleado que maneja valores, la de actuar con claridad de procedimientos para facilitar la tarea de control (v. informe del instructor, fs. 25/26, exp. adm. cit.), por lo que culminó propiciando la aplicación de la sanción de cesantía, con fundamento en el art. 32 inc. "f" del dec. 1798/1980 (v. fs. 26, pto. "a", exp. adm. cit.).

En tales condiciones, las particularidades de la función desarrollada por el impugnante, que imponían un máximo de transparencia en su proceder, han podido justificar la subsunción de los hechos investigados en las disposiciones del art. 32 inc. "f" del citado cuerpo legal, sin que se aprecie al respecto una extralimitación de las atribuciones o un exceso de punición de parte de la autoridad administrativa al dictar la resolución controvertida en autos.

Por lo demás, la foja de antecedentes del actor fue agregada al sumario, cuya incorporación al proceso ha sido requerida como prueba por ambas partes (fs. 18 vta. y 46, respectivamente). Ese elemento documental da cuenta de la existencia de dieciséis sanciones anteriores, originadas en distintas infracciones disciplinarias (v. fs. 16/17,

exp. adm. cit.). A la luz de tales circunstancias agravantes, que el demandante ni ha impugnado ni ha minimizado en su valor para el correcto uso de la potestad sancionatoria, no parece irrazonable que la Administración, a la hora de ejercitarla en concreto al presente caso, se haya inclinado por la penalidad más gravosa.

4. Sobre la base de lo expuesto, juzgo que el actor no ha acreditado la ilegitimidad que endilga a la sanción aplicada, lo que impone el rechazo de su pretensión.

Como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte, teniendo en cuenta el carácter de juicio pleno en que se desenvuelve la acción contencioso administrativa y que las facultades con que cuentan las partes para probar los hechos justificativos de la pretensión son particularmente amplias, incumbe al actor la carga de demostrar la realidad de la situación fáctica en que sustenta su reclamo, no sólo por revestir tal calidad en el proceso (arg. art. 375, C.P.C.C.), sino también en virtud de la presunción de legitimidad que distingue a la actividad de la Administración Pública (doctr. causas B. 49.793, "Bianco", sent. de 13-X-1987, "Acuerdos y Sentencias", 1987-IV-315; B. 49.170, "Carlos H.E. Rasch Constructora S.R.L.", sent. de 15-III-1988, "Acuerdos y Sentencias", 1988-I-332; B. 49.784, "Banco Español del Río de La Plata", sent. de

31-V-1988, "Acuerdos y Sentencias", 1988-II-307; B. 48.463, "Scheverin", sent. de 27-XII-1988, "Acuerdos y Sentencias", 1988-IV-760; B. 49.255, "Vázquez", sent. de 12-IV-1989, "Acuerdos y Sentencias", 1989-I-664; causas B. 49.858, "Brave Construcciones S.A.", sent. de 25-VII-1989, "Acuerdos y Sentencias", 1989-II-746; B. 50.087, "Playa Grande", sent. de 8-IX-1992, "Acuerdos y Sentencias", 1992-III-373; B. 51.667, "Terrerri", sent. de 2-IX-1997; B. 57.150, "Humbertmann", sent. de 6-IV-1999, "D.J.B.A", 156-243; B. 55.353, "Cobos", sent. de 21-VI-2000).

VI. Por fin, el planteo de inconstitucionalidad del obrar administrativo enjuiciado, formulado en forma genérica y sin indicación alguna sobre el modo en que la sanción aplicada lesionaría los derechos constitucionales invocados, debe ser desestimado por insuficiente. Es doctrina del Tribunal que la impugnación constitucional debe indicar de qué modo la norma impugnada habría quebrantado los derechos cuya tutela se procura, y en caso de deficiencia argumental, ésta no puede ser suplida por el Tribunal, imponiéndose el rechazo del planteo (doct. causa B. 49.340, "Hernández", sent. de 12-VIII-1986; "Acuerdos y Sentencias", 1986-II-395).

VII. Por las consideraciones que anteceden, considero que debe rechazarse la pretensión.

Costas por su orden (arts. 78 inc. 3 ley 12.008,

texto según ley 13.101- y 17, ley 2961).

Voto por la **negativa**.

Los señores jueces doctores **Negri, Roncoroni y de Lázzari**, por los fundamentos expuestos por el señor Juez doctor Soria, votaron la primera cuestión por la **negativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

Adhiero al voto del distinguido colega doctor Soria a excepción de lo expuesto en el apartado IV, puntos 1, 2, 6 y 7 de la citada opinión y, con ese alcance, doy el mío por la **negativa**.

Costas por su orden (arts. 78 inc. 3 ley 12.008, texto según ley 13.101- y 17, ley 2961).

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

I. Adhiero al voto de mi distinguido colega, doctor Soria, como lo he hecho con anterioridad (causa B. 56.626 "Suarez", sent. del 17-XII-2003), aunque ahora entiendo necesario formular algunas consideraciones en relación al desarrollo efectuado en el punto IV apartados 5 y 6.

II Pone de manifiesto dicho magistrado que en reiterados pronunciamientos esta Corte ha sostenido que el cuestionamiento de una resolución administrativa, fundado en los vicios evidenciados en el procedimiento, en

principio se halla excluido del conocimiento de este Tribunal, por cuanto en tal jurisdicción el afectado puede ejercer su defensa y probar las irregularidades incurridas por la autoridad pública, criterio que cede paso cuando esos déficits en el trámite previo al acto configuran un atentado irreparable al derecho de defensa.

Entiende que la posición antes reseñada puede interpretarse en el sentido de proclamar que la ilegitimidad del trámite administrativo es subsanable en sede judicial; criterio que no acepta como postulado general, por las siguientes razones: a) el principio de juridicidad; b) la inexistencia de relación de continuidad entre procedimiento y proceso administrativo.

Añade en consecuencia, que ante la inobservancia o quebrantamiento de reglas esenciales del procedimiento administrativo, la invalidez consecuente no resulta -por regla- susceptible de subsanación.

III. 1. Importa destacar que todo este desarrollo y los que siguen tienen en miras apuntalar de la mejor forma posible la regla de la defensa en juicio que -como es sabido- posee sus raíces en el derecho constitucional, local (art. 15), nacional (art. 18) y supranacional (art. 75 inc. 22).

Como he sostenido antes de ahora (causa B. 56.626 "Suarez", sent. del 17-XII-2003) las reglas del debido

proceso legal que consagra la Convención Americana de Derechos Humanos, también llamada "Pacto de San José de Costa Rica", en cuanto proclama que toda persona tiene el derecho de ser oída, con las debidas garantías, para la determinación de sus derechos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (art. 8.1.), y el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 8.2.g.) y la comunicación previa y detallada de la acusación formulada (art. 8.2.b.), son eternamente aplicables en este ámbito.

2. En el **procedimiento administrativo**, la defensa en juicio no sólo funciona como una garantía para el particular, sino que al propio tiempo permite asegurar la eficacia de dicho trámite, en el que, obviamente, se encuentra comprometido el interés público.

De tal modo, debe señalarse que la adecuada observancia del debido proceso opera como mecanismo de mejoramiento de la actividad de la Administración.

3. Admito que en el campo doctrinario, no pocos autores son adversos a reconocer la posibilidad de subsanar en sede judicial los vicios del proceder administrativo (entre otros, Linares, Juan Francisco "La garantía de defensa ante la Administración" "La Ley", 142-1137 y sigtes.; Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Quinta edición. Tomo 3. Capítulo IX, pág.

7; Marienhoff, Miguel S. "La garantía de libre defensa y la instancia administrativa"; "Jurisprudencia Argentina", Tomo 22 (1974), pág. 554 y sigtes.; Mairal, Héctor A. "Los vicios del acto administrativo y su recepción en la jurisprudencia", "La Ley", 1989-C-1014 y sigtes.; Comadira, Julio Rodolfo. El acto administrativo en la ley nacional de Procedimientos Administrativos. "La Ley", pág. 117 y sigtes.).

Empero, sin olvidar lo expuesto por la expresada doctrina mayoritaria otros tratadistas entienden que las irregularidades **que no revisten carácter sustancial** no deben llevar necesariamente a la invalidación.

En tal sentido Hutchinson tras destacar el modesto lugar que ocupan los vicios en el procedimiento -salvo supuestos excepcionales, limitados a aquéllos en que el requisito tenga carácter esencial o produzcan una situación de indefensión-, propone clasificar las sanciones jurídicas ante defectos de trámite en aquéllas que importan: supuestos de nulidad absoluta, de anulabilidad y de no anulabilidad (Hutchinson, Tomás. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Editorial Astrea. 1985 págs. 330/331). Es que, como con agudeza lo señala Tribiño "... Lo cierto es también que, como materia de reflexión, hay que tener en cuenta que la anulación de un procedimiento por razones formales dilata la decisión de

fondo de la cuestión..." (Tribiño, Carlos. "Procedimiento administrativo y derecho de defensa", en la obra colectiva *Procedimiento Administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Editorial Ciencias de la Administración.* pág. 573 y sigtes.).

4. Enfocando el punto desde una perspectiva jurisprudencial, cabe destacar -como bien lo señala el magistrado preopinante- que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oscilaciones en la materia, dado que, en algunos supuestos, ante omisiones o vicios esenciales en el procedimiento administrativo (vgr. inadecuada oportunidad de audiencia y prueba, "Fallos", 295:726; inobservancia de intimaciones necesaria, "Fallos", 306:I:1138; omisión de intervención particular, "Fallos", 319:2783; omisión del procedimiento previo al dictado del acto, caso "Adidas Argentina y otros", sent. del 21-V-2002), se ha pronunciado por la nulidad del acto dictado en consecuencia, entre otros (vgr. derecho a ser oído, "Fallos", 273:134; omisión de sumario previo, "Fallos", 301:I:410; omisión de dictamen jurídico previo, "Fallos", 301:I.953, "Fallos", 310:272; omisión de audiencia previa a la emisión del acto, "Fallos", 306:I:467; omisión en la producción de pruebas de descargo, "Fallos", 310:360; omisión de otorgar vista para producir el alegato, caso "Compañía Swift de La Plata S.A.", sent. del 30-V-1978),

por el contrario, fundándose -expresándolo sintéticamente- en que el agraviado tuvo ocasión de ejercitar en plenitud el derecho que dice conculcado en el proceso judicial posterior, reconoció legitimidad a tal obrar.

Por su parte, esta Corte ha resuelto repetidamente que no procede la revisión judicial de vicios en el procedimiento administrativo, salvo circunstancias excepcionales que se configuran cuando ha mediado un claro atentado al derecho de defensa determinado, genéricamente, por la comprobación de deficiencias insusceptibles de corregirse en la oportunidad que el actor tiene de defenderse, probar y alegar en juicio pleno ante el Tribunal (causas B. 49.364, "Horvitz, Julio", sent. del 19-IV-1988, "Acuerdos y Sentencias", 1988-I-677; B. 50.633 "Soto, Edith", sent. del 27-VI-1989, "Acuerdos y Sentencias", 1989-II-564; B. 48.689 "Mendoza, José", sent. del 31-VII-1990, "Acuerdos y Sentencias", 1990-II-789; B. 51.977, "Ghys, Yves", sent. del 30-VII-1991, "Acuerdos y Sentencias", 1991-II-678; B. 52.219 "López, J.A.", sent. del 9-II-1993, "Acuerdos y Sentencias", 1993-I-64; B.55.704 "Mastandrea, Edgardo", sent. del 6-VIII-1996, "Acuerdos y Sentencias", 1996-III-487; B. 54.851, "Solari, Oscar", sent. del 11-III-1997, "Acuerdos y Sentencias", 1997-I-434; B. 53.040, "Buján, Carlos", sent. del 7-XII-1999; B. 53.911, "Moyano", sent. del 7-III-2001; B. 56.646, "Marino,

Ariel" sent. del 28-V-2003).

5. Según mi criterio, la existencia de irregularidades en el desarrollo del trámite relacionadas con la efectividad del debido proceso, **no necesariamente debe llevar a la declaración de nulidad del acto administrativo**, por cuanto la adopción de tal solución, de manera genérica, podría importar -paradójicamente-, otra violación a dicha garantía, al imponer una trascendente dilación temporal en la adopción definitiva de la decisión de fondo (art. 15 de la Const. bonaerense).

Los yerros que puedan originarse en la sustanciación de un procedimiento de este tipo **admiten una categorización en función de su gravedad**, en una graduación que puede comenzar en: irregularidades intrascendentes, pasar por defectos subsanables y culminar en anomalías insanables.

Entiendo, en definitiva, que no es factible fijar criterios rígidos en la materia, razón por la cual no comparto el pensamiento de mi distinguido colega del primer voto cuando sostiene que no es aceptable como postulado general el principio de subsanación, es decir, que la ilegitimidad del trámite administrativo sea imposible de salvar en sede judicial.

Sin que lo que acabo de expresar signifique un bill de inmunidad para que las autoridades administrativas

violan las reglas del debido proceso, considero que aquélla debe seguir siendo la regla, pues la anulación del acto -como dije- puede atentar contra la celeridad y la seguridad, y por ende, contra la justicia del caso.

Por supuesto que ello admite excepciones -tal cual ya lo expuse-, dependiendo de la gravedad del vicio y de las circunstancias especiales de cada asunto (ver mi voto causa B. 56.626, "Suarez", sent. del 17-XII-2003).

En síntesis -y perdónese la hipérbole- en mi criterio esta Corte puede sanear -por regla- los defectos en el andar administrativo precedente, salvo que por extrema gravedad ello resulte imposible.

IV. Sentado lo que antecede, en el caso, el desarrollo formulado por el colega de primer voto en los puntos IV. 7 a 11, que comparto, deja al desnudo la falta de razón del accionante al respecto.

Reiterando la adhesión al voto del doctor Soria, con las precisiones antes detalladas, doy mi voto por la **negativa**.

El señor Juez doctor **Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó la primera cuestión también por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

En atención a lo acordado al votar la primera

cuestión, no corresponde el tratamiento de la restante planteada.

Los señores jueces doctores **Negri, Roncoroni, de Lázzari, Pettigiani, Hitters y Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron la segunda cuestión en igual sentido.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, por mayoría de fundamentos, se rechaza la demanda interpuesta.

Costas por su orden (arts. 78 inc. 3, ley 12.008 -texto según ley 13.101- y 17, ley 2961).

Por su actuación profesional en autos, régulanse los honorarios de los doctores Alberto Oscar Erbetta y Marcelo M. Vampa, en las sumas de pesos ... y ..., respectivamente (arts. 9, 10, 14, 15, 16, 22, 26, 28 inc. "a", 44 inc. "b", segunda parte y 54, dec. ley 8904/1977), cantidades a las que se deberá adicionar el 10% (ley 8455).

Regístrese y notifíquese.