



# PRINCIPIOS DEL CONCURSO PÚBLICO

**DR. MAURO R. BONATO** | Secretario del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil,  
Comercial y Laboral N° 2 de Villa Constitución

*«Cuando el ignorante se cree igualado al estudioso, el bribón al apóstol, el boquirroto al elocuente, y el burdégano al digno, la escala del mérito desaparece en una oprobiosa nivelación de villanía. Eso es la mediocracia...»*

JOSÉ INGENIEROS<sup>1</sup>

Existe una saludable tendencia a plasmar lo que el constituyente siempre dispuso: que los agentes públicos sean seleccionados a través de concurso público de antecedentes y oposición por tratarse del mejor modo conocido para demostrar la idoneidad requerida. Ocurre que desde el carácter local del empleo público y la diversidad de funciones estatales, existe también un panorama concursal variopinto. Si ello es así, conocer los principios de cualquier concurso –incluso el de selección de magistrados– deviene, por decantación, tan necesario como evidente.

## I. Principios del concurso público de antecedentes y oposición

El concurso público de antecedentes y oposición es, ante todo, un procedimiento. Por ello, como procedimiento administrativo y como concurso en sí, se nutre de principios que lo gobiernan.

Nos adentraremos en el estudio de aquellos principios procesales que dan vida al concurso como tal y sirven al intérprete para dilucidar cuestiones que muchas veces la normativa o la situación jurídica planteada callan.

Los principios procesales son vigas maestras, ideas-ejes, grandes líneas inspiradoras<sup>2</sup> desde las cuales la ciencia del derecho se apoya para desarrollar su plena vigencia. Va de suyo, luego, que el concurso público de antecedentes y oposición también se estructura por estas ideas-ejes que son su presupuesto.

De allí que el concurso público despliega un haz de principios que son propios de su naturaleza procedimen-

tal y, además, se nutre de otros propios y específicos que surgen de sus particularidades. Los primeros son principios generales de todo procedimiento administrativo, mientras que la segunda rama de hilos conductores está constituida por principios naturales del concurso público de antecedentes y oposición como modo de ingreso a la función pública.

Estos principios, siendo construcciones normativas jurídicas de índole subsidiaria (recuérdese que están llamadas a funcionar en la práctica en defecto de solución legal expresa) que son producto de una cuidada decantación técnico-sistemática<sup>3</sup>, son de aplicación inmediata en la medida que los convoque una situación de orfandad normativa desde la cual se vuelvan necesarios para suplir la ausencia, o bien cuando la presencia de una norma intrínsecamente injusta desnaturalice los fines desde los cuales el procedimiento legitima su existencia.

Estas construcciones supletorias son

de aplicación a cualquier concurso de la República Argentina. Ello pues, participando de la esencia del instituto al que sirve, naturalmente deben existir siempre que exista el instituto. Vale decir, o bien hay concurso público de antecedentes y oposición y, por ende, hay principios que lo gobiernan; o bien no existe concurso sino alguna figura legal –por lo general inventada o desnaturalizada– que se le intente aproximar y que probablemente no se perfile como el mejor modo de garantizar la idoneidad de los aspirantes. Así, no existen órbitas o espectros exentos de la aplicación inmediata de los principios generales y específicos del concurso. Los principios, parafraseando a Alejandro, siguen al concurso como la sombra sigue al caballo<sup>4</sup>.

Los principios suelen ser advertidos desde un análisis inductivo<sup>5</sup>, puesto que del caso concreto en análisis se recurre a los principios generales de la disciplina para orientar la búsqueda de la solución correcta desde un prisma holístico y sistémico.

En este contexto, como se dijo, analizaremos en primer lugar los principios propios de cualquier procedimiento administrativo<sup>6</sup>. Siendo el concurso un procedimiento administrativo, los mismos se aplican con total naturalidad. Luego, estudiaremos los principios propios del concurso público de oposición y antecedentes como instituto jurídico.

## II. Principios genéricos del concurso público

### 1. Principio de legitimidad

La administración debe adecuar su modo de actuar a la ley o, en un sentido más amplio, a la norma entendida de modo sistemático. El principio de legitimidad, desde una primera aproximación, implica que la administración puede y debe hacer aquello que le está permitido según una norma jurídica que lo habilita.

En los tiempos en que la ley en sentido formal dominaba la cultura jurídica<sup>7</sup>,

se entendía que la administración debía sujetarse al principio de legalidad. Desde este punto de miras, según este principio que fuera calificado como una de las piezas maestras del derecho administrativo<sup>8</sup>, la administración pública o bien en concreto sus funcionarios podían actuar sólo cuando y del modo en que una ley los habilitaba.

Posteriormente, se dio paso a una concepción desde la cual la administración encuentra sus competencias no solamente en la ley en sentido formal, sino que los Tratados Internacionales, la Constitución Nacional, y hasta en ciertos casos los reglamentos pueden resultar fuente de competencias. De modo tal que la administración, según este criterio más abarcativo, puede actuar cuando una norma jurídica lo habilite. Esto último ha de entenderse como principio de legitimidad<sup>9</sup>.

Siguiendo este razonamiento, se abandona la regla constitucional vigente en derecho según la cual las personas – físicas o jurídicas– pueden hacer todo

lo que no les está prohibido para imponerse la regla opuesta, que la doctrina española ha dado en llamar «postulado de la permisión expresa»: la administración pública, para respetar el principio de legitimidad, sólo puede hacer aquello que le está expresamente permitido.

A este postulado se le agregó un aditamento: se entendió luego que como sería imposible enumerar, clasificar o detallar los quehaceres más básicos de un funcionario, el principio de legitimidad se integra también con lo razonablemente implícito. Entonces, la administración para respetar este principio ha de actuar conforme lo expresamente permitido con más lo razonablemente implícito.

Por último, la complejidad de la ciencia y el aumento significativo de diversas ramas del saber que ganaban con rapidez espacio y autonomía permitió deducir la idea desde la cual la especialidad podría también, y en ciertos casos, resultar fuente de competencias. Así, el principio de legitimidad

permitiría actuar al Estado cuando se le está permitido expresamente por el ordenamiento jurídico como un todo, o bien cuando surja de lo razonablemente implícito, o bien cuando la especialidad del órgano o ente fundamente la competencia otorgadora de la potestad de obrar.

El concurso público, en tanto procedimiento secuencial de actos destinados al fin insustituible de escoger al aspirante más idóneo, debe en toda su estructura desarrollarse al compás de este principio de legitimidad.

Entendemos que si bien es imprescindible en cualquier actividad del Estado, en tanto límite para las pasiones personales de los funcionarios, el principio de legitimidad adquiere una relevancia potenciada y fundamental en el caso de concursos, pues si el ordenamiento regula en forma detallada y correcta el sistema concursal limita así las aspiraciones del gobernante de escoger a quien, desde su fuero interno considera «su» mejor candidato.

## 2. Principio de oficialidad

El principio de impulsión o instrucción de oficio, también denominado principio de oficialidad, implica que la Administración tiene poder de iniciativa sobre el procedimiento administrativo, facultades de instrucción y competencia para disponer unilateralmente su terminación<sup>10</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido ocasión de destacar este principio al sostener que «Conforme a los principios generales que rigen la materia, el recurrente concurre como colaborador en la elaboración de la decisión administrativa aun cuando defiende sus derechos subjetivos, por lo que predominan las reglas de informalismo y la impulsión de oficio. Además, la buena fe, la lealtad y la probidad que deben caracterizar todo proceso y la actividad de las partes en él, determinan que las normas adjetivas regulatorias de su conducta no contengan exigencias contrarias a tales principios»<sup>11</sup>.

El fundamento del principio según el cual la administración ha de impulsar e instruir oficiosamente las actuaciones se halla en el interés general o bien común que funda el procedimiento mismo. Si la administración persigue a través del procedimiento una mejor satisfacción del interés general, luego se desprende que puede y debe impulsar el procedimiento por sí misma sin esperar impulso de parte.

Por otra parte, también se han encontrado los cimientos de este principio procesal en la naturaleza de las competencias que le son otorgadas a los órganos, puesto que las competencias se otorgan para ser ejercidas; es decir, siendo obligatorio el ejercicio de la competencia y dado que la administración en ciertos casos debe actuar –no simplemente puede–, se concluye que el procedimiento ha de resultar impulsivo de oficio.

Desde otro ángulo, se ha sostenido que el principio de oficialidad se corresponde con la vigencia del principio de eficacia, y es complementado

por las reglas que de él se extraen: la economía procesal y el principio *in dubio pro actione*<sup>12</sup>.

Finalmente, también se ha desprendido este principio desde la obligación de la administración de revocar en sede administrativa los actos irregulares<sup>13</sup>. Para la consecución del fin perseguido de erradicar actos irregulares, entonces, la administración debe proceder de oficio impregnando celeridad a las actuaciones por la imperiosa necesidad en juego.

Desde el análisis lógico del principio de oficialidad, podría pensarse que si la administración debe impulsar siempre sus expedientes no debería existir el instituto de la caducidad de instancia en el procedimiento administrativo. Sin embargo, la perención de instancia existe en la gran mayoría de los procedimientos administrativos, lo que –insistimos– hemos calificado de contradictorio<sup>14</sup>.

La administración debe, entonces, impulsar e instruir de oficio el procedimiento.

Ahora bien, a poco que se analice el diverso y variopinto actuar de la administración resultará evidente que no todos los procedimientos son impulsados de oficio.

Existen, por un lado, actuaciones administrativas que causan un gravamen o una situación jurídica desfavorable al administrado –como una multa o una sanción disciplinaria– donde, claro está, la impulsión y la instrucción son naturalmente de oficio puesto que al administrado no le interesa la resolución final. Y también existen, por otro lado, procedimientos donde el administrado es el principal y singular interesado en la resolución a dictarse –como el pedido de un subsidio<sup>15</sup> o de un permiso de uso del espacio público–. En estos últimos supuestos, las facultades instructorias e impulsorias oficiosas se repliegan o hasta a veces se anulan puesto que sólo muy mediatamente está comprometido en el actuar administrativo el interés público que justifica la existencia de dichas facultades.

El concurso público de oposición y

antecedentes se ubica de forma nítida entre los procedimientos que son promovidos, impulsados e instruidos de oficio puesto que le urge a la administración encontrar los agentes más idóneos para incorporarlos a sus filas de personal.

### 3. Principio de la verdad real

Este principio, también llamado de la verdad material o de la verdad jurídica objetiva, implica que corresponde a los entes u órganos estatales llamados a resolver en el proceso la carga de verificar la efectiva existencia de los hechos (*la quaestio facti*) y el derecho en cuestión (*la quaestio iuris*)<sup>16</sup>.

Se ha afirmado, entonces, que mientras la verdad material, real u objetiva es la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que ese objeto es en la realidad, la verdad formal es la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que ese objeto parece ser en la realidad. Mientras la primera rige el proceso penal y el procedimiento administrativo, la segunda

–también denominada verdad convencional– rige el proceso civil y comercial<sup>17</sup>.

La búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias, con independencia de cómo han sido alegadas y en su caso probadas por las partes, supone que se deseche la prevalencia de criterios que acepten como verdadero algo que no lo es o que nieguen la veracidad de lo que sí es. Ello porque con independencia de lo que hayan probado, la Administración debe buscar la verdad sustancial como mecanismo para satisfacer el interés público<sup>18</sup>.

En el procedimiento administrativo deben comprobarse todos los hechos relevantes para adoptar una decisión legal y regular, conforme a la verdad material y no puramente formal<sup>19</sup>.

La administración, entonces, en su búsqueda de la adecuada satisfacción del interés público persigue la verdad del modo como realmente sucedieron las cosas, sin detenerse en lo alegado por el ciudadano o por las partes in-

tervinientes en el procedimiento.

Ello implica que la administración debe considerar todas las constancias probatorias arrimadas al procedimiento, aun cuando desde un punto de miras estrictamente procesal hubiera precluido la etapa pertinente para ello.

Debe, además, ordenar las medidas probatorias de oficio que estime conducentes para hallar la correcta solución del planteo, sin estar tampoco limitada por etapas procesales donde ofrecer y producir prueba. Por ello, y siempre que se respete el debido derecho de defensa del ciudadano en caso de tratarse de procedimientos que lo perjudiquen en su esfera de derechos, puede en todo momento antes del dictado del acto resolutivo ordenar y producir nuevas diligencias probatorias conducentes al fin perseguido.

Es indiferente que el administrado reconozca hechos o consienta actuaciones y que desde tal óptica se considere que existe allanamiento, consentimiento expreso o tácito, o subsanación

de vicios, pues para arribar a la verdad real de lo sucedido la administración no debe detenerse en los planteos o interpretaciones del interesado.

En el mismo sentido, el procedimiento podría reabrirse o iniciarse cuantas veces resultare necesario para la averiguación de la verdad material buscada. El lógico límite se hallará en las normas de prescripción –como sucede en el ámbito del derecho tributario formal– que imposibilitan la persecución del crédito más allá de ciertos hitos temporales.

El principio de la verdad material daría sustento, también, a la existencia de la denuncia de ilegitimidad como otra forma más de indagar la realidad de lo sucedido sin detenerse –dentro de ciertos límites– en cuestiones puramente formales<sup>20</sup>.

En un similar orden de ideas, para algunos la no aplicación del principio de *non reformatio in pejus* al procedimiento administrativo encuentra uno de sus mejores fundamentos en

el principio de verdad real pues si la administración ha de perseguir siempre la verdad de los hechos no debe hallarse sujeta por lo alegado por la parte que impugna.

En lo directamente relacionado con el concurso público, el principio de verdad real despliega toda su virtualidad. La administración, así, puede indagar y solicitar a los postulantes la información necesaria para dar con el mejor candidato posible. Sin embargo, opinamos que en ciertas situaciones se corre el riesgo de colisionar con otro principio propio y específico del concurso, esto es, el principio de igualdad de los aspirantes que, como veremos, impone idéntico tratamiento a los concursantes. Así, podría suceder que en la búsqueda de la verdad real la administración indagara por nuevos datos o información respecto de un determinado candidato para conocer con más precisión al aspirante. Allí, el principio de verdad real apoya la solución siempre que la misma e idéntica información sea requerida a los demás candidatos a fin de mante-

ner incólume el principio de igualdad referido. Y en una eventual colisión principista, lo específico de la igualdad otorga primacía valorativa -entendemos- por sobre lo genérico de la verdad real buscada.

#### **4. Principio de informalismo a favor del administrado**

Según este principio la administración deberá excusar a los administrados ante la omisión o falta de cumplimiento de formas no esenciales en el procedimiento administrativo que se trate. Importa, entonces, la excusación de los requisitos formales que se encuentren contemplados en el procedimiento administrativo en aquellos supuestos en que se constituyan en un obstáculo para determinar la verdad material de la cuestión sometida a conocimiento de la Administración<sup>21</sup>.

Esta regla se halla en sintonía con una administración cada vez más variada y con competencias más diversas. Nuevas competencias implican nuevas normas y, lógicamente, modernos

procedimientos con sus propias simetrías y peculiaridades. Por ello se entiende que es además de irrazonable también inconveniente desde lo funcional mantener la ficción de que el administrado conoce y debe conocer todas las normas de la administración y, por ende, todos sus procedimientos.

Desde esta posición la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Ley 19.549 dispone que las normas del procedimiento se ajustarán a «La excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente». En el mismo sentido, en la Provincia de Santa Fe «Será excusable la inobservancia por los administrados de exigencias formales no esenciales y que pudieran ser cumplidas posteriormente. La errónea calificación del derecho ejercido o petitionado no determinará el rechazo de lo solicitado. Este principio rige únicamente a favor de los administrados y no exime a las Administraciones del cumplimiento de los recaudos procedimentales instituidos como



garantía de aquéllos y de la regularidad del procedimiento»<sup>22</sup>.

Se dispensa así por vía legal a los administrados de cumplir con las formas no esenciales, es decir, aquellas que no están ligadas o exigidas por el orden público administrativo<sup>23</sup>.

El principio de informalismo a favor del administrado o como más moderadamente se lo ha denominado de «formalismo moderado»<sup>24</sup> puede analizarse desde tres elementos: el elemento subjetivo, que responde a la pregunta sobre a quién alcanza la regla; el elemento objetivo, que responde a la pregunta sobre a qué formas ha de aplicarse lo establecido; y el elemento que se ha denominado futurista, según el cual ha de analizarse el tiempo en que los errores pueden subsanarse.

Desde el primer punto de vista, es decir, en lo subjetivo, el principio de informalismo ha de resultar aplicable para el administrado. Para la administración, no hay errores u omisiones que considerar puesto que se la presume

competente y su actuar se halla bajo la presunción no menor de la legalidad. Así, los defectos u omisiones de la administración pública no pueden ser salvados vía principio de informalismo. El procedimiento es hasta cierto punto informal para el administrado pero nunca para la administración.

Ahora bien, resta preguntarse si todos los administrados están en las mismas condiciones, de modo tal que se aplique a todos los administrados por lo general actores del procedimiento por el sólo hecho de ser tales. Y la respuesta es negativa. Gordillo sostenía que el procedimiento es informal sólo para los administrados y usuarios de servicios públicos, consumidores, vecinos, en especial los de menor condición económica<sup>25</sup> y, con similar inteligencia, se ha considerado que el principio no es aplicable cuando el actor del proceso no es un administrado que, aisladamente, tiene un conflicto con un ente estatal, un inexperto en este tipo de lides, sino que discute en numerosos procesos cada una de las obligaciones fiscales que se inten-

ta cobrarle, desde que no hay dudas de que las posibilidades de acceso a la información sobre las formas del procedimiento son para él y su cuerpo de abogados muy superiores a las que tiene un individuo que, ocasionalmente, enfrenta al aparato administrativo<sup>26</sup>. La cuestión dependerá como tantas veces del caso concreto sin que sea fácil profesar dogmas sobre el punto. No obstante, a modo de regla entendemos que cuanto mayor sean las posibilidades de defensa (por recursos económicos, posibilidades sociales, antecedentes en el rubro, asesoría jurídica especializada, etc.) para el administrado menor será la posibilidad de aplicar el principio de informalismo y, por contrario, a mayor vulnerabilidad del administrado pretendiéndole al Estado, mayor virtualidad despliega la aplicación sin cortapisas del principio mencionado.

En segundo lugar, la ley exige la inobservancia de «formas no esenciales», lo que lleva de inmediato al interrogante sobre qué formas son esenciales y cuáles no lo son. En términos genera-

les puede concluirse que la doctrina<sup>27</sup> ha formulado una directa analogía para dilucidar la cuestión con la aplicación de la teoría de las nulidades del acto. Así, si la forma omitida o viciada es susceptible de acarrear una nulidad relativa, tendría aplicación el principio de informalismo pues se trataría de una forma no esencial. En cambio, si la omisión da lugar a una nulidad absoluta, la forma sería esencial y, por ende, no tendría aplicación el informalismo o formalismo moderado.

En tercer y último lugar, la norma alude a formas que puedan ser cumplidas posteriormente. Es decir, el principio nunca refiere a no cumplir las formas: lo que dispone este principio es el diferimiento de su cumplimiento y no su inobservancia<sup>28</sup>.

En cuanto a la aplicación concreta del principio en análisis, la propia Ley Nacional de Procedimientos Administrativos establece que «Los recursos deberán proveerse y resolverse cualquiera sea la denominación que el interesado les dé, cuando resulte indu-

dable la impugnación del acto administrativo»<sup>29</sup>. Es decir, más allá de la denominación o *nomen iuris* utilizado para recurrir, la administración debe darle curso al pedido siempre que se infiera la voluntad de impugnar. Sin perjuicio de lo indicado el informalismo no puede llegar al extremo de que las peticiones de los administrados se formulen con tal laxitud y vaguedad que la administración no tenga elementos de juicio suficientes para acceder o denegar lo solicitado<sup>30</sup>.

Por otra parte, se ha interpretado que la aplicación del principio no alcanza a los plazos procesales perentorios, por lo que el plazo para recurrir no puede subsanarse y de allí su fatalidad.

En relación al concurso público de antecedentes y oposición, el principio de informalismo halla uno de sus más hostiles reductos. Ello pues en el estudio campean principios propios del concurso que colisionan entre sí, a veces en perjuicio del formalismo moderado. Entre los principios propios del concurso, como veremos, se

hallan los principios de igualdad de los concursantes y de concurrencia. Así, si se prefiere otorgar primacía al primero de ellos, habrá de concluirse que el principio de informalismo tendrá muy poca aplicación en los concursos puesto que su aplicación implica perjudicar al concursante que cumplió las formas y, por ende, violentar la igualdad; y si se prefiere, en cambio, dar preeminencia a la concurrencia de la mayor cantidad de concursantes posibles, entonces claro está que las formas podrían relajarse en pos de la ansiada concurrencia. Valga un ejemplo: si se dispuso como cierre de la inscripción el día 10 del mes de noviembre del año X a las 10.00 hs., y luego se presentara un aspirante a la hora 10.05 del mismo día, ¿podría interpretarse vía aplicación del principio de informalismo a favor del administrado que la presentación fue temporánea y en consecuencia permitirse su inscripción?

La Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo que «...el principio de informalismo a favor del administrado

no resulta de aplicación en la presentación de la oferta para un concurso público en razón de tratarse de una situación en que intervienen diversos particulares, por lo que la conducta de la Administración debe ajustarse a las pautas establecidas en el pliego de condiciones, a fin de no violar el principio de igualdad de todos los oferentes», y se agregó que «...la presentación extemporánea de los antecedentes excede el ámbito de la omisión ritual, para constituirse en una vulneración sustancial de las normas del pliego, las cuales son obligatorias para la Administración y el particular»<sup>31</sup>.

Por nuestra parte, entendemos que en caso de colisión de principios debe tener prioridad la igualdad de los concursantes. Ello implica que el principio de informalismo a favor del administrado tiene cabida dentro del procedimiento concursal pero siempre que no se afecte la igualdad de los concursantes.

##### **5. Principio de debido proceso adjetivo**

El procedimiento debe garantizar a todo administrado su derecho a obtener un debido proceso en su faz adjetiva. Esto implica «el conjunto no sólo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea formalmente válida (aspecto objetivo del debido proceso), sino también para que sea un cierto orden, una cierta seguridad, una cierta justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado liberal (aspecto sustantivo del debido proceso). El concepto apropiado, por lo tanto, no sería el de debido proceso adjetivo, sino el de debido procedimiento legal»<sup>32</sup>.

El principio halla su consagración legal en la propia Ley Nacional de Procedimientos Administrativos cuando dispone el derecho de los interesados a obtener un debido proceso adjetivo<sup>33</sup> y es una constante en la mayoría de los textos provinciales<sup>34</sup>, aunque es

dable aclarar que es un principio que despliega su total virtualidad aun a falta de regulación expresa<sup>35</sup>.

Es un principio que se reconoce a «los interesados»; de allí que no haya que esperar una legitimación especial (derecho subjetivo-interés legítimo) sino que se podría exigir por la sola invocación de ser administrado interesado en el procedimiento. Vale decir, si bien es certero que no cualquiera puede ser parte, y menos aun parte legitimada para recurrir, no es menos cierto que a todos debe respetársele su derecho a un debido proceso, ora sustantivo, ora adjetivo.

El debido proceso adjetivo comprende:

##### *a) Derecho a ser oídos*

Significa el derecho de los interesados a exponer las razones de las pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos e intereses<sup>36</sup>.

En este punto vale diferenciar: por un lado, existen actos que dan lugar o inician un posible procedimiento, cuya emisión naturalmente no requiere de

la intervención previa del particular. Pero existen otro grupo de actos, por lo general de gravamen o desfavorables para el particular, puesto que le inciden de modo negativo en su esfera de derechos; este último tipo de actos requiere para su validez el otorgamiento al interesado de la efectiva posibilidad de ser oído antes del dictado del acto. En no pocas ocasiones se han dictado actos administrativos –aun de gravamen– sin la esperada posibilidad de intervención previa del interesado, por ello es que como afirma Canda este es uno de los campos donde con marcado apoyo de la jurisprudencia opera la denominada teoría de la subsanación<sup>37</sup>. El derecho a ser oídos incluye, claro está, el de interponer recursos administrativos y el de hacerse representar profesionalmente. Sabido es que la regla para actuar en sede administrativa se estructura sobre la idea relativa a que no es necesario ser docto en derecho para actuar; es decir, no hace falta ni patrocinio letrado ni otorgar carta poder a un letrado abogado para poder peticionar. Ahora bien, algunos textos exigen la

obligatoriedad de la asistencia jurídica cuando en el punto se debatan cuestiones jurídicas que pudieran afectar derechos subjetivos o intereses legítimos. Ocurre que, por lo general, el administrado si se presenta ante la administración pública es por una posible afectación de sus derechos, lo que llevaría a tenor de una interpretación literal de la norma a la inadmisibles conclusión desde la cual la excepción prácticamente derogaría a la regla. Tal vez para evitar el disparate, en la práctica se admiten las peticiones de los administrados no especializados en derecho con su sola y mera firma y, agregamos nosotros, utilizando una correcta aplicación del principio de buena fe o de buena administración<sup>38</sup>, el organismo debería advertir al administrado de la conveniencia de hacerse asistir profesionalmente.

*b) Derecho a ofrecer y producir pruebas*  
Ello pues de nada valdría poder formular el debido descargo si luego no se permitieran probar las afirmaciones vertidas en determinado sentido. Por lo general, los medios de pruebas

son los legislados por la norma de forma de la jurisdicción que se trate (Código Procesal en lo Civil y Comercial) que suele aplicarse supletoriamente al procedimiento administrativo.

La administración en función de los principios de verdad material e instrucción o impulsión de oficio tendrá también amplias facultades para ofrecer y valorar el material probatorio que juzgue conveniente.

Por lo demás, el derecho no sólo involucra ofrecer y producir sino también controlar la pertinencia, admisibilidad y producción de las pruebas ofrecidas por la Administración Pública. Finalmente, también queda incluido en el concepto el derecho de alegar sobre el mérito de la prueba rendida.

*c) Derecho a obtener una resolución fundada*

Cualquier acto administrativo lleva implícito como uno de sus elementos esenciales el presupuesto de que ha de estar motivado. Las decisiones de la administración no se fundan, entonces, en el capricho, el mero voluntarismo, o el antojo, versiones todas pe-

rennes del porque sí.

Ahora bien, el acto que concluye el procedimiento precisa algo más que la motivación. La interpretación contraria llevaría a la equivocada conclusión sobre la cual necesitaría idéntica motivación el acto de inicio de un procedimiento que el acto de cierre, cuando la experiencia y el sentido común indican que el acto conclusivo y que acarrea la decisión definitiva del organismo requiere de una más acabada fundamentación.

Por ello, los administrados tienen derecho a obtener una resolución fundada sobre su planteo que decida en forma detallada sobre las razones que llevan a elegir determinado curso de acción. Sin embargo, la administración no está necesariamente obligada a tratar la totalidad de las razones jurídicas y fácticas dadas por el administrado, sino sólo aquellas que fueran conducentes para la solución del caso, evaluado esto –como siempre– bajo el *standard* de la razonabilidad<sup>39</sup>. En el caso del concurso público, el derecho a ser oídos se despliega en dos fases: en una primer etapa en el hipo-

tético contradictorio que pudiera surgir respecto de la admisión de la solicitud, de la evaluación de los antecedentes o de la calificación de los mismos; y luego en la posibilidad de recurrir el orden de mérito o resultado final. En similar sentido se desprende la posibilidad de ofrecer y producir pruebas, destacando como dato empírico que a veces la celeridad y urgencia de la administración en dar con el aspirante más idóneo para cubrir en lo inmediato la función vacante conspira contra la producción de pruebas que puedan dilatarse en el tiempo. El derecho a ofrecer prueba en definitiva existe, mas a veces los tiempos lo cercenan.

Por último, resta agregar que uno de los vicios más recurrentes y notables del sistema de concursos es la deficiencia de la motivación del acto que dispone su conclusión o resultado. Desde nuestra inteligencia, ni la urgencia en concluir el procedimiento, ni la dificultad práctica por la cantidad de aspirantes involucrados, son fundamento suficiente para asegurar que en el estado actual de la evolución de la historia del derecho público existen

actos conclusivos del procedimiento administrativo exentos de brindar una resolución fundada.

### III. Principios propios del concurso público

#### 1. Principio de igualdad de los concursantes

Este principio nace de la propia Constitución Nacional, ya que la igualdad ante la ley está asegurada por el art. 16 de la norma fundamental a todos los habitantes de la Nación, incluidos –afirma Comadira<sup>40</sup>– los oferentes en una licitación pública y –agregamos nosotros– los participantes de un concurso público.

Si es cierto como afirma Canasi<sup>41</sup> que el principio de igualdad es de la esencia de toda licitación, también es una premisa aceptada que el principio de igualdad de los concursantes hace a la naturaleza de cualquier concurso público de antecedentes y oposición.

Así como en el procedimiento de licitación pública la igualdad exige que todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades, y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas<sup>42</sup>, en el concurso público de antecedentes y oposiciones la igualdad exige que todos los participantes se encuentren en la misma situación jurídica, contando con las mismas facilidades, presentando sus antecedentes sobre bases idénticas, y gozando de la seguridad de que en los antecedentes y en la oposición serán evaluados sobre los mismos parámetros que los demás concursantes y bajo la protección de garantías de justicia y equidad.

El trato igualitario abarca todos los estadios del procedimiento de selección del aspirante más idóneo, desde su comienzo y hasta la selección del agente; y mantiene su vigencia luego incluso del nombramiento durante la relación de empleo, pues se violentaría seriamente el principio si el agente desempeñara tareas que nada o poco

tuvieran que ver con las tareas para las que fue evaluado.

En un primer estadio, el llamado a concurso debe formularse en condiciones que garanticen igualdad para los posibles interesados o destinatarios. Ello no significa, claro está, que cualquier persona puede calificar para presentar la inscripción, sino que implica que las personas a las que sí alcanza la reglamentación deben poder presentarse en condiciones de igualdad. En este sentido, entendemos que es aconsejable en las bases incluir cláusulas del estilo de la redactada para el proceso licitatorio nacional en el Decreto N° 1023/01, art. 18, cuando establece que si se comprueba la inserción de cláusulas o especificaciones que sólo pueden ser cumplidas por determinado interesado u oferente, de manera que el llamado esté dirigido a favorecer situaciones particulares, ello dará lugar a la revocación inmediatamente del procedimiento. Vale decir, un concurso llamado sobre bases que sólo pueden ser cumplidas por determinado inte-

resado o bien llamado a favorecer situaciones particulares lleva implícita, por principio, la suerte de su nulidad.

Desde otro ángulo, el principio de igualdad se puede observar cuando se solicitan aclaraciones a las bases del concurso. Así, la aclaración hacia uno de los concursantes respecto de alguna cláusula que tenga incidencia en la competencia o suponga una ventaja comparativa para el petitionerario debe notificarse y hacerse saber al resto de los concursantes pues de lo contrario, y violando el principio estudiado, se estaría favoreciendo a uno de los participantes en desmedro de los demás. Marienhoff con referencia al proceso licitatorio explica que toda medida de la administración en beneficio de un oferente que al mismo tiempo no favorezca a los restantes atentará contra la igualdad: pero no la afectarán las aclaraciones que a pedido del adjudicatario realice el órgano interviniente, siempre que ello no vaya en desmedro de los otros oferentes<sup>43</sup>. Idéntico razonamiento cabe para el concurso público de oposición y antecedentes.

Del mismo modo, cualquier dispensa de algún requisito no esencial para inscribirse o participar del concurso otorgada a uno de los participantes debe necesariamente otorgarse al resto de los concursantes que la soliciten para no violentar la igualdad referida.

En cuanto a la posibilidad de modificar las bases del concurso una vez presentadas las inscripciones, se entiende que el principio es que ello no es posible jurídicamente<sup>44</sup>. La alteración de las bases –que implica suprimir o modificar sustancialmente los elementos presentados por los participantes en la inscripción– debería significar por regla un nuevo llamado a concurso pues quienes se inscribieron tienen derecho a concursar en las condiciones que fueron publicadas<sup>45</sup>.

Más problemático es el supuesto sobre el cual la administración decide modificar las bases una vez presentadas las inscripciones, pero con el consentimiento de los concursantes. En el proceso licitatorio la Procuración del Tesoro ha considerado que el procedi-

miento no puede seguir adelante porque una adjudicación realizada sobre esas bases violentaría los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que deben regir el procedimiento licitatorio<sup>46</sup>. La idea reposa en el supuesto de que si potenciales concursantes –u oferentes– hubieran sabido de las nuevas bases del concurso o la licitación, tal vez hubieran presentado sus inscripciones u ofertas. Desde nuestro punto de miras, compartimos el criterio y, por ende, entendemos que ni siquiera el consentimiento expreso de los concursantes puede permitir una modificación de las bases dado que tal proceder implicaría una violación al principio de concurrencia y, también, a la igualdad de quienes decidieron no concursar por entender que las reglas eran otras y diferentes.

Otro punto donde se refleja la incidencia del principio de igualdad es la fatalidad de los plazos para presentar las inscripciones. Así, el término que la autoridad administrativa determine como límite del plazo para presentar las inscripciones debe ser cumplido

rigurosamente, de tal modo que como regla ni siquiera vía principio de informalismo a favor del administrado puede subsanarse una presentación tardía. Una presentación tardía, entendemos, implica el rechazo de la solicitud de oficio, sin que quepa esperar una eventual impugnación de parte de algún otro aspirante.

De la misma manera, con el vencimiento del plazo precluye la posibilidad de modificar la presentación o inscripción. En materia concursal ello tiene decisivas consecuencias si se repara en que dentro de muchos concursos el vencimiento del plazo para presentar la inscripción significa también el límite para presentar los antecedentes objetivos requeridos. En este contexto, puede que existan certificados o constancias en trámite que el presentante no tenga a su disposición al momento del cierre. Allí, opinamos que si el concursante es titular de una condición jurídica determinada (por ejemplo egresado de un curso) debe dejarse constancia en la presentación que el título o condición invocada no

puede ser acreditada de momento por circunstancias ajenas al presentante y que se incluirán cuando el organismo moroso expida la documentación necesaria. Ello no implica, nos parece, una violación al principio de igualdad porque la circunstancia apuntada existía (por caso, el presentante era en efecto «licenciado») aunque no pudiera demostrarse con la documentación respectiva. Una interpretación contraria implicaría que el titular de la condición invocada se hallaría privado de su derecho por una mora o retraso injustificado que no le es imputable, situación que a todas luces no se compadece con criterio de justicia alguno, ni desde lo conmutativo ni tampoco desde el plano distributivo.

No existe, por otra parte, violación del principio de igualdad si luego de presentadas las solicitudes de inscripción la administración decide otorgar un período de aclaraciones destinadas a precisar los puntos de las presentaciones. El período de aclaraciones, desde luego, debe ser el mismo y hacerse saber en idénticas condicio-

nes a todos los concursantes<sup>47</sup>.

Comadira enseña en materia de licitación pública que la posibilidad de que los oferentes modifiquen las propuestas originarias a requerimiento de la autoridad licitante debe estar contemplada expresamente en el marco normativo del llamado (ley o pliego general); por tanto, sería ilegítimo todo procedimiento que intente instrumentarla sin esa previa autorización<sup>48</sup>. Por nuestra parte, pensamos que en el concurso público de antecedentes y oposición, en la medida que no se alteren sustancialmente las bases del llamado, la posibilidad de modificar o aclarar inscripciones o presentaciones anteriores por parte de todos los concursantes no exige, por necesidad, autorización previa legal o reglamentaria expresa para su viabilidad jurídica. Si respeta el principio de igualdad de los concursantes se trata, en definitiva, de una potestad propia de la administración que no requiere un reconocimiento expreso.

Siguiendo esta línea de razonamien-

to, otra implicancia del principio de igualdad radica en que la administración debe analizar todas las presentaciones, solicitudes y antecedentes de cada concursante. En criterio que entendemos perfectamente trasladable al concurso, la Procuración del Tesoro de la Nación consideró ilegítima la adjudicación de una licencia para la instalación, funcionamiento y explotación de una estación de radiodifusión, por surgir de las actuaciones que la Comisión de Preadjudicación evaluó cuarenta y cuatro de las cuarenta y siete ofertas presentadas, difiriendo el análisis de las restantes para una segunda etapa. Ello implicó que «...la Administración ha actuado en forma arbitraria, en violación de los principios de igualdad, de equidad y de transparencia que deben regir en todo procedimiento de selección del cocontratante estatal»<sup>49</sup>. En las aguas del concurso, la obligación de analizar por igual a cada concursante no se detiene en el primer estadio de la presentación de los antecedentes e inscripciones sino que alcanza también a los jurados o examinadores al momento de la com-



petencia respectiva. Así, obviar u omitir la consideración de algún concursante en cualquier etapa del procedimiento de selección implicaría la violación del principio de igualdad.

Cabe preguntarse si el posterior ingreso a la administración para un cargo radicalmente distinto del que fue concursado implica conculcar el principio de igualdad de los concursantes. Con la cuestión así planteada, nos inclinamos por afirmar que si el cargo al que finalmente se accede nada o muy poco tiene que ver con el que fue objeto del concurso, existe violación del principio estudiado. Ahora bien, tampoco se ignora que la administración actual asume una amplísima diversidad de funciones que se relacionan todas entre sí, y respecto de las cuales es imposible describir con exactitud y minuciosa precisión las tareas que desarrollará el futuro agente<sup>50</sup>. Vale decir, si el cargo a concursar fuera el de contador público de un municipio y para ello las bases del concurso exigieran título o matrícula habilitante y luego el ingreso se produjera

en calidad de director del departamento de deportes y recreación social, no tenemos dudas que existe violación a la igualdad; por el contrario, si el concurso fuera para un genérico cargo de «personal administrativo», el ingreso en la diversidad de posiciones que ofrece el rubro no implicaría violentar ningún principio y, dentro de este contexto, es posible que el participante no sepa ni pueda conocer con perfecta exactitud las funciones que va a desarrollar de prosperar su pedido de ingreso. Como en la vida, la dificultad la presentan las zonas grises, y allí será necesario evaluar el caso concreto con el auxilio, en su caso, del Poder Judicial.

A mayor abundamiento, el principio de igualdad de los concursantes halla su concreto reflejo:

- 1) en la evaluación de los concursantes en las mismas condiciones;
- 2) respecto, dentro de lo posible, de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento, de modo tal que si es necesario modificar algún plazo el mismo debe modificarse de igual for-

- ma para todos los concursantes;
- 3) en el cumplimiento por parte de la administración y de los participantes de las normas positivas que rigen el procedimiento de selección del aspirante más idóneo;
- 4) en la inalterabilidad en lo esencial de las bases del concurso;
- 5) respecto del secreto de las presentaciones o de los exámenes hasta el momento de la publicación del orden de mérito o resultado final del concurso;
- 6) en el acceso a las actuaciones administrativas en las que tramita el concurso;
- 7) en la indicación de las diferencias formales subsanables que pudieran tener las inscripciones al concurso;
- 8) en la invitación a participar en otro posible concurso en caso que se promoviera otro procedimiento ante el fracaso de un concurso anterior en el que formó parte el interesado.

## 2. Principio de concurrencia

Desde el principio de concurrencia, la administración tiende a lograr que al concurso público se presente la ma-

yor cantidad posible de concursantes.

El principio halla su lógica y se robustece si se repara en que siempre la administración ha de buscar –por imperativo sociológico, constitucional, doctrinario, legal y jurisprudencial– al aspirante más idóneo. Las posibilidades de dar con el agente más idóneo aumentan de modo exponencial si al procedimiento se presentan la mayor cantidad posible de concursantes.

A raíz del principio de concurrencia, la administración habrá de extremar –como veremos– los recaudos para garantizar la publicidad del llamado a concurso y, por otra parte, en la medida que se cumplan con los requerimientos legales, se procurará redactar las bases de un modo que permita la inclusión de la mayor cantidad de aspirantes.

No es ocioso ni superfluo remarcar que en este punto se halla una perniciosa costumbre de algunas administraciones consistente en redactar las bases de manera tal que sólo deter-

minadas –o a veces determinada en singular– personas puedan cumplir los requisitos para concursar. Léase: para burlar el sistema constitucional vigente y designar en el cargo a mi primo y amigo Juan –él rubio, de veinticinco años, de 1.80 de altura, jugador de baloncesto, pintor y ajedrecista–, o bien se redactan bases que sólo permiten concursar a quienes reúnan estos requisitos o, más sutil, se le otorga especial puntuación en el procedimiento al cabello color amarillo oro, a la estatura mediana, y a las destrezas en *basketball*, pintura y ajedrez. Esta lamentable tendencia –llevada a la hipérbole en el ejemplo– atenta, entre otros, contra el principio de concurrencia que debe primar en la selección del aspirante más idóneo.

Otra manera de atentar contra la concurrencia es imponer condiciones de inscripción que no tengan directa relación con el cargo a concursar. En este sentido, y respecto de la licitación pública, clásico es ya el caso «Astorga Bracht» en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la in-

constitucionalidad de cláusulas de un ente (COMFER) que para participar de la licitación exigía que los solicitantes presentaran un escrito en el que se indique expresamente que desistían, de manera total e incondicional, de todos los recursos administrativos y judiciales para el servicio en cuestión, así como también contra cualquier acto administrativo emitido por el COMFER o la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC). Así, sostuvo el Alto Tribunal que «El art. 3º, inc. a, de la resolución 16/99 del COMFER atenta contra los principios básicos de los procedimientos públicos de selección como la licitación y el concurso, en especial, los de libre concurrencia e igualdad, que no sólo tienden a resguardar el derecho de los oferentes o participantes en procedimientos de ese tipo, sino también el interés público comprometido en la debida elección de quienes resultarán adjudicatarios»<sup>51</sup>.

Por otra parte, resta agregar que la concurrencia es un principio a garantizar por parte de la administración pero que de ningún modo fuerza el resulta-

do esperado. Así, si luego de un llamado en forma que garantice la posible concurrencia de concursantes, se presentara un sólo candidato, el concurso es perfectamente válido y la administración estaría en condiciones –si así lo considerara– de designar al único agente que ha concurrido al llamado.

Por último, entendemos que en virtud del principio de concurrencia se impone un criterio de interpretación amplio o abarcativo<sup>52</sup> al momento de evaluar las inscripciones. Es decir, en caso de duda debe estarse a la solución que mantenga viva la solicitud de inscripción y permita el acceso al procedimiento en aras de alentar precisamente la mayor concurrencia posible.

### 3. Principio de publicidad

Constituye hoy uno de los pilares de la República el principio de publicidad de los actos de gobierno, de modo tal que la ecuación se vuelve en un punto irreductible: o bien hay república y, por ende, hay publicidad de actos de gobierno; o bien no hay publicidad de

actos de gobierno y se abren las puertas de otras formas gubernamentales.

En el caso de la República Argentina, sabido es que adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, lo que implica que tratándose de una república en los términos de la Carta Magna<sup>53</sup> además la exigencia de publicidad deviene constitucional.

En el marco de las convenciones internacionales, numerosos tratados han insistido en la publicidad de los actos de gobierno y en el plano infraconstitucional una frondosa legislación ha remarcado la necesidad del valor de la publicidad en nuestro ordenamiento.

En cuanto al concurso público de antecedentes, va de suyo que una adecuada publicidad favorecerá la transparencia en el ingreso al empleo y además beneficiará a una mayor concurrencia para poder dar así con el aspirante más idóneo.

Este principio se despliega fundamentalmente en dos fases:

En un primer estadio, resulta fundamental la publicidad del llamado a concurso. Así, el llamado y las bases deben ser suficientemente claras y publicarse en medios de comunicación masivos que garanticen que la población conozca del concurso. Es de rigor que los estatutos exijan la publicidad en el Boletín Oficial, así como en diarios de mayor circulación de la zona que se trate. Además, suele exigirse la publicación en el sitio web del organismo convocante y en algunos casos la publicidad se ha evidenciado a través de mensajes radiales o televisivos.

El contenido debe ser, entendemos, simple y claro, fácil y captable a primera impresión por los destinatarios, quienes luego si tuvieran dudas sobre el cargo a cubrir podrán despejarlas ante la administración. La invitación debe seducir; y así debe formularse de modo que atraiga a posibles concursantes que de otro modo no hubieran concursado. Vale decir, no sólo debe hacerse conocer el llamado sino que, además, debe despertar interés en los destinatarios.

El contenido a publicar debe contener los aspectos esenciales del llamado y principalmente: las condiciones que deben reunir los concursantes, por un lado, y el límite de presentación de las solicitudes de inscripción, por el otro.

En segundo lugar, la publicidad se manifiesta durante el trámite del concurso, en una fase que transcurre desde la presentación de la solicitud de inscripción y hasta la publicación del resultado final.

En este singular estadio, el derecho a la publicidad se halla aunado indisolublemente a la acreditación de algún tipo de legitimación superadora del mero interés simple en la correcta o transparente marcha del procedimiento. Es decir, será el portador por lo general de un interés legítimo<sup>5</sup>, es decir, el titular de una situación de concurrencia, el que tendrá derecho a la publicidad del concurso. En otras palabras: el concursante.

La publicidad en esta segunda fase implica el derecho del concursante a

tener acceso a las actuaciones en todo momento –con excepción tal vez del breve período de evaluación propiamente dicho donde el expediente o legajo debe permanecer en poder del órgano evaluador–, el derecho a tomar vista efectiva de lo actuado, y el derecho a conocer los motivos o fundamentos por los cuales fue puntuado o evaluado de tal o cual forma.

En este último sentido, entendemos que existe un derecho en cabeza del concursante de conocer los resultados de sus exámenes o evaluaciones, así como el modo en que fue evaluado y la precisión, en su caso, de los errores que el órgano evaluador considere que se hayan cometido. Del error se aprende, mientras que de la circunstancia oscura y ambigua de finiquitar el resultado del concurso con un número o nota que nadie comprende de dónde ha salido, sólo pueden nacer nuevos yerros. Más problemática es la decisión de permitir ver y examinar a cada concursante los resultados de las pruebas o exámenes de cada uno de los restantes concursantes. En es-

te caso, entendemos que si la administración lo permite es una saludable decisión que contribuye en mucho a la publicidad y transparencia del sistema; pero si en ejercicio de facultades discrecionales debidamente motivadas considerase que esa posibilidad detiene el procedimiento a un punto incompatible con la celeridad que impone el interés público, esa decisión no se hallaría en principio viciada y tampoco se violentaría, *prima facie*, el principio de publicidad del concurso público de antecedentes y oposición. ■

#### CITAS

<sup>1</sup>INGENIEROS, JOSÉ, *El Hombre Mediocre*, 1913, Grupo Editor Altamira y Grafidco S.R.L., pág. 140, Buenos Aires, 2005.

<sup>2</sup> BARBERIO, SERGIO J. - GARCIA SOLA, MARCELA M., «Principios generales del proceso civil, Diseño Clásico y Mirada actual», en Peyrano, Jorge W. (director), *Principios Procesales*, Tomo I, Primera Edición, Editorial Rubinzal-Culzoni, pág. 35, Santa Fe, 2011.

<sup>3</sup> PEYRANO, JORGE W., *El Proceso Civil. Principios y Fundamentos*, Editorial Astrea, pág. 49, Buenos Aires, 1978.

<sup>4</sup> Cuenta la leyenda que Filipo II, padre de Alejandro y rey de Macedonia, había comprado un caballo -Bucéfalo- al que nadie conseguía domar. Luego de fracasar expertos jinetes en la dura faena, Alejandro, entre niño adulto y joven adolescente por ese entonces, se dio cuenta de que en realidad la razón por la cual se encontraba embravecido era que el indómito animal se asustaba al ver su propia sombra. Así, lo acompañó hasta un apartado hasta hacer desaparecer la sombra y pudo montarse sobre el ya calmo Bucéfalo. A partir de allí, Filipo le habría dicho: «Hijo mío, Macedonia es demasiado pequeña para ti». Véase De Veri, Marco S., *Alejandro Magno. Pasión, poder y heroísmo*, Primera Edición, Editorial Grupo Imaginador, pág. 38/39, Buenos Aires, 2005.

<sup>5</sup> PAULETI, ANA CLARA, «Importancia actual de los principios del proceso civil», en Peyrano, Jorge W. (director), *Principios Procesales*, Tomo I, ob. cit., pág. 76.

<sup>6</sup> Aunque, como se ha dicho, «...el primer principio es el de la necesidad del procedimiento mismo, en el sentido de que si el ejercicio de una actividad está subordinado por la norma a un procedimiento y en su desarrollo a dictámenes, acuerdos, u otros actos, la decisión adoptada sin haber completado los requisitos procedimentales previstos es ilegal» (Cassese, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, Traducción de Luis Ortega, Primera Edición al español, Instituto Nacional de Administración Pública, pág. 263, Madrid, 1994).

<sup>7</sup> Mayer, haciendo referencia al régimen francés de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX y la influencia de la ley en sentido formal en el mismo, afirmaba: «Hay a partir de ese momento un verdadero culto por la ley. El agente de policía, el guarda-campos de las comunas rurales, lleva sobre el brazal la inscripción 'la ley'; al grito de 'autoridad de la ley', todos los buenos ciudadanos deben ir a la calle para reprimir el motín; la intimidación

dirigida a los que forman parte del tumulto comienza con las palabras de 'obediencia a la ley'; la fórmula temible 'en nombre de la ley' abre todas las puertas. Entre las comedias populares de la primera época de la Revolución, hay una que se titula *L'ami des lois*, en la cual el héroe manifiesta una obediencia verdaderamente fanática a la ley en general y se reconoce esclavo de ella» (MAYER, OTTO, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, Parte General, Depalma, Trad. directa del original en francés, pág. 73, Buenos Aires, 1949).

<sup>8</sup> «*L'action administrative n'est pas libre: elle est limitée par l'obligation de respecter certaines règles de droit. Tel est le sens du principe de légalité, l'une des pièces maîtresses du droit administratif*», WEIL, PROSPER - POUYAUD, DOMINIQUE, *Le Droit Administratif*, vingt-quatrième édition, Presses Universitaires de France, París, 2013, pág. 77.

<sup>9</sup> «El concepto de legalidad no se identifica con el de legitimidad. Este último resulta más amplio, al referirse a la adecuación del obrar administrativo al ordenamiento jurídico general como totalidad, con inclusión de principios jurídicos y de la razonabilidad que requiere un contenido justo y lógico en todos

los actos del Estado» (TAWIL, GUIDO S., *Administración y Justicia. Alcance del control de la actividad administrativa*, Tomo I, Editorial Depalma, pág. 41, Buenos Aires, 1993).

<sup>10</sup> RENNELLA, MARÍA PAULA, «El principio de oficialidad en el Procedimiento Administrativo», en TAWIL, GUIDO S. (director), *Procedimiento Administrativo*, Primera Edición, Editorial Abeledo Perrot, pág. 107, Buenos Aires, 2010.

<sup>11</sup> C.S.J.N., «Durusse de Fernandez, Graciela Belkis c/ Provincia de Santa Fe», del 24.04.86, en Fallos 308:633.

<sup>12</sup> RENNELLA, MARÍA PAULA, «El principio de oficialidad en el Procedimiento Administrativo», cit., pág. 109.

<sup>13</sup> El artículo 17 de la ley 19.549 establece que: «El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto hubiere generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración

judicial de nulidad».

<sup>14</sup> «En no pocas oportunidades la precipitación y la impaciencia se traducen en error, en equivocación, en yerro. El ciudadano, y más aun el jurista, debe estar especialmente precavido de los riesgos de caer en la tentación de precipitarse hacia una conclusión cuando todas las premisas parecen llevar a un único camino. Así, podríamos precipitarnos y apurar una conclusión sobre el siguiente razonamiento: Si en el procedimiento administrativo gobiernan los principios de informalismo, de verdad real, y de impulsión de oficio, ergo no tendría cabida el instituto procesal de la perención o caducidad de instancia en el procedimiento administrativo. A este básico y equívoco silogismo, si se quiere jurídico, podría agregársele un aditamento ético-moral. Considerando que a la administración debería interesarle más que a nadie que sus actos no sean ilegítimos ni inoportunos, ella misma debería proseguir instruyendo el expediente para llegar así a revestir a la actuación de la administración con el tapiz de la verdad material de las cosas, pues, en definitiva, nadie más interesado que la propia administración pública en que sus actos sean conforme a la ley y con el debido sentido de la oportunidad.

Por ello, el operador jurídico pudo permitirse dudar -al menos- de la legitimidad del instituto...Sin embargo, y digresiones doctrinarias aparte, la caducidad del procedimiento administrativo existe» (BONATO, «La caducidad de instancia en el procedimiento administrativo santafesino», en *El Litoral*, Año 15, Número 11, Diciembre 2011, pág. 1172).

<sup>15</sup> Ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el trámite tendiente a la obtención de un subsidio está fuertemente ligado al principio dispositivo, tanto en el aspecto de la iniciativa cuanto en el del impulso de parte» [C.S.J.N., «Verdaguer, Juan Francisco F. c/ Nación Argentina (Ministerio de Acción Social)», del 21.11.85, en Fallos 307:2205].

<sup>16</sup> TAWIL, GUIDO S., «El principio de verdad material en el Procedimiento Administrativo», en TAWIL, GUIDO S. (director), *Procedimiento Administrativo*, ob. cit., pág. 117.

<sup>17</sup> ALTAMIRA GIGENA, JULIO L., «El principio de la verdad jurídica objetiva en el procedimiento administrativo», en *Cuestiones de Procedimiento administrativo*, Editorial RAP, pág. 565, Buenos Aires, 2006. Vale destacar que desde el precedente «Colalillo» aun

en las aguas del proceso civil y comercial el principio de verdad formal se halla matizado, pues «La condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad. Si bien es cierto que para juzgar sobre un hecho no cabe prescindir de la comprobación de su existencia, que en materia civil incumbe a los interesados, y que esa prueba está sujeta a limitaciones, en cuanto a su forma y tiempo, también lo es que el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. A tal efecto, la ley acuerda a los jueces la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos y tal facultad no puede ser renunciada cuando su eficacia para determinar la verdad sea indudable» (C.S.J.N., «Colalillo, Domingo c/ Cía. de Seguros y Río de la Plata», del 18.09.57, en Fallos 238:550).

<sup>18</sup> IVANEGA, MIRIAM, «Procedimiento administrativo: las dimensiones del principio de verdad material», en La Ley 2010-F, 1202, del 14.12.10.

<sup>19</sup> Artículo 2, Decreto 4174/15, Provincia de Santa Fe.

<sup>20</sup> Véase en este sentido Bonato, Mauro Raúl, «La denuncia de ilegitimidad y su recepción en la Provincia de Santa Fe», en El Litoral 2010, Julio, 590.

<sup>21</sup> JUAN LIMA, FERNANDO E., «El informalismo a favor del administrado», en Tawil, Guido S. (director), *Procedimiento Administrativo*, ob. cit. pág. 133.

<sup>22</sup> Artículo 7, Decreto 4174/15, Provincia de Santa Fe.

<sup>23</sup> IVANEGA, MIRIAM, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, Segunda Edición actualizada, Editorial RAP S.A., pág. 132, Buenos Aires, 2013.

<sup>24</sup> COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, Tomo I, Editorial La Ley, pág. 3, Buenos Aires, 2002.

<sup>25</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Octava Edición, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, pág. IX-26, Buenos Aires, 2003.

<sup>26</sup> S.C.J.M., Sala I, «Telefónica de Argentina v.

Municipalidad de Las Heras», en La Ley Gran Cuyo, 2000-66, del 24.11.99.

<sup>27</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Octava Edición Actualizada, Editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot, pág. 673, Buenos Aires, 2006.

<sup>28</sup> JUAN LIMA, FERNANDO E., «El informalismo a favor del administrado», cit. pág. 133.

<sup>29</sup> Artículo 81, Decreto N° 1759/72.

<sup>30</sup> IVANEGA, MIRIAM, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa* Segunda Edición actualizada, Editorial RAP S.A., pág. 134, Buenos Aires, 2013.

<sup>31</sup> PTN Dictámenes 213:147.

<sup>32</sup> LINARES, JUAN F., *Razonabilidad de las leyes. El «debido proceso» como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Segunda Edición, Editorial Astrea, pág. 12, Buenos Aires, 1970.

<sup>33</sup> Ley 19.549, art. 1, inc. f.

<sup>34</sup> A modo de ejemplo, véase Decreto 4174/15 de la Provincia de Santa Fe, artículo 16.

<sup>35</sup> Como se ha expresado: «El correlativo derecho del ciudadano a la jurisdicción o 'tutela judicial efectiva' en sus sentidos más amplios, sin embargo, no constituye en modo alguno una conquista del Estado de Derecho, sino que existe con independencia de ser reconocido en las constituciones estatales o pactos internacionales. Se trata de un derecho humano que los hombres tienen por el solo hecho de serlo *-ius naturae-*. Los ordenamientos positivos se limitan a recogerlo, como lo hacen con los principios de Derecho natural» [AYARZA, SOLEDAD - PEYRANO, MARCOS, «Dimensiones del principio de Tutela Judicial Efectiva y su proyección como acción preventiva», en Peyrano, Jorge W. (director), *Principios Procesales*, Tomo II, Primera Edición, Editorial Rubinzal-Culzoni, pág. 262, Santa Fe, 2011].

<sup>36</sup> CANDA, FABIÁN OMAR, «El debido proceso adjetivo. La llamada «teoría de la subsanación», en TAWIL, GUIDO S. (director), *Procedimiento Administrativo*, ob. cit. pág. 147.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> MOSCARIELLO, AGUSTÍN R., «El principio de la buena administración», en *El Derecho Administrativo*, N° 13.189, EDA, 2013.

<sup>39</sup> CANDA, FABIÁN OMAR, «El debido proceso adjetivo. La llamada 'teoría de la subsanación', en TAWIL, GUIDO S. (director), *Procedimiento Administrativo*, ob. cit. pág. 149. Situación similar se da en el ámbito judicial, donde, «...los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que pongan a consideración del Tribunal, sino tan sólo aquellas que sean conducentes para decidir el caso y que basen para dar sustento a un pronunciamiento válido (C.S.J.N., «Elizalde, Hernán y otros c/ Soc. de Resp. Ltda. Productos Destilados», 1964, en Fallos 258:308; «Fernández González y Tacconi S.R.L. c/ Madinco S.R.L.», 1965, en Fallos 262:222; «Meyer, Mario Isaac c/ Menghini, Emilio», 1966, en Fallos 265:301; «Prudencia Cía. Argentina de Seguros Grales. S.A. c/ Capitán y/o Propietario y/o Armador del Buque Rhone», 1966, en Fallos 272:225; «Deheza, Carmen Esmeralda c/ Riportella, Ernesto G.», 1970, en Fallos 278:271; «Edelberg, Betina c/ Facio, Sara y otros», 1975, en Fallos 291:390; «Guiñez, Luisa Yolanda c/ S.C.A. Plaza Las Heras», 1977, en Fallos 297:140; «Recalde, Cirilo José M. c/ Garaje Olivos S.R.L.», 1979, en Fallos 301:970; entre muchos otros).

<sup>40</sup> COMADIRA, JULIO R., La licitación pública,

Segunda Edición Actualizada, Lexis Nexis, pág. 63, Buenos Aires, 2006.

<sup>41</sup> CANASI, JOSÉ, *Derecho Administrativo*, Volumen II, Ediciones Depalma, pág. 528, Buenos Aires, 1974.

<sup>42</sup> DROMI, ROBERTO, *Derecho Administrativo*, Novena Edición Actualizada, Ciudad Argentina, pág. 390, Buenos Aires, 2001.

<sup>43</sup> MARIENHOF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Cuarta Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Tomo III-B, pág. 205/206, Buenos Aires, 1998.

<sup>44</sup> «Además, si el artículo 5° del reglamento dispone 'no se admitirá' la presentación de nuevos títulos, antecedentes o trabajos con posterioridad a la clausura del plazo de inscripción, es lógico que no se podían agregar posteriormente. Lo contrario significaría quebrar el principio de igualdad entre los concursantes, un quebrantamiento de las formas esenciales» (Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, «Serra, Mónica H. c/ Universidad de Buenos Aires», del 11.12.01, voto del Dr. Coviello, en La Ley, 2002-D-959).



<sup>45</sup> Es criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación que entendemos perfectamente trasladable al concurso público que «...la única forma de mantener los principios que rigen la licitación pública, en los supuestos de alteración de los pliegos inherentes al contenido de la contratación y no meramente al procedimiento licitatorio, particularmente en orden a preservar la publicidad y concurrencia de los postulantes eventuales, es considerar la modificación como un nuevo llamado a cotizar ofertas, efectuando publicaciones nuevamente -sin perjuicio de las notificaciones cursadas- y fijando una nueva fecha para presentar las propuestas» (PTN, Dictámenes, 178-127).

<sup>46</sup> PTN, Dictámenes, 197-15. Criterio compartido por Comadira cuando afirma que «Se debe tener presente, en primer lugar, que la validez de un procedimiento o de un acto administrativo no depende de la existencia de legitimados para impugnarlos. Pero, además, corresponde valorar que esa legitimación asiste a quienes, en virtud de las condiciones del llamado originario, fueron excluidos o se autoexcluyeron del procedimiento» (COMADIRA, JULIO R., La licitación pública, ob. cit., pág. 73).

<sup>47</sup> Respecto de análoga situación en materia de licitación, tiene dicho la Procuración del Tesoro que no existe violación del principio de igualdad de los oferentes cuando la extensión del plazo para subsanar defectos formales fue dispuesta por resolución del órgano competente, alcanzando a todos los proponentes que se presentaron en los concursos abiertos (PTN, Dictámenes, 247-560).

<sup>48</sup> COMADIRA, JULIO R., La licitación pública, ob. cit., pág. 80/81.

<sup>49</sup> PTN, Dictámenes, 234-472.

<sup>50</sup> Ello pues, «es de la esencia de la relación de empleo público la potestad del empleador de variar las funciones encomendadas en razón de la concreta necesidad del servicio, siempre que tales modificaciones sean impuestas de modo razonable y no signifiquen la asignación de tareas impropias de la posición escalafonaria que corresponde al agente» (C.S.J.N., «La Naval Argentina Cooperativa de Vivienda c/ Caja Nacional del Ahorro y Seguro», del 05.04.95, en Fallos 318:500); y porque «No debe olvidarse que el deber de desenvolver la actividad necesaria para que el ente público pueda satisfacer sus fines no

comprende una cantidad de trabajo específicamente fijado, o cierto tipo perfectamente determinado de él» (C.S.J.S.F., «Fornero, Edelberto Jacinto c/ Provincia de Santa Fe s/ Recurso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción», del 18.02.02, en A. y S. T. 185, pág. 028).

<sup>51</sup> C.S.J.N., «Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER -Decreto 310/98- s/ Amparo -Ley 16.986-», del 14.10.04, en Fallos 327:4185.

<sup>52</sup> SCALIA, ANTONIN, *A matter of Interpretation, Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, pág. 12, New Jersey, 1997.

<sup>53</sup> QUIROGA LAVIE, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Segunda edición, Editorial Zavalía, pág. 15, Buenos Aires, 1997.

<sup>54</sup> «Las normas que regulan el procedimiento selectivo establecido para la provisión de cargos públicos afectan a una pluralidad de individuos, ya que han sido dictadas para tutelar el interés público, o sea la colectividad toda. Por ello los postulantes a un concurso público normalmente sólo pueden invocar un 'interés legítimo' para exigir que

las respectivas normas sean observadas por la sola razón circunstancial de que su interés individual coincide con el público a que apuntan exclusivamente dichas normas. El 'derecho subjetivo' de los mismos se configuraría recién al finalizar el procedimiento de selección, cuando el cargo es adjudicado a una persona determinada» (C.S.J.S.F., «Dantesano, Teodolina Beatriz Elorza de c/ Provincia de Santa Fe s/ Recurso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción», del 19.10.94, en A. y S. T. 112, pág. 6).