

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?¹

THE LEGAL OPINION AS AN ESSENTIAL ELEMENT OF THE ADMINISTRATIVE ACT IN THE NATIONAL SYSTEM IS THE DOCTRINE OF RECTIFICATION STILL IN FORCE?

Por Nazarena Castresana (*)

RESUMEN: Entre las actividades de asesoramiento previas a la emisión del acto, la sanción de la ley nacional de procedimiento administrativo N° 19549 incorporó al dictamen de los servicios jurídicos como parte integrante esencial del procedimiento administrativo a nivel nacional. La reciente sanción de la ley nacional N° 27742 introdujo reformas significativas, particularmente en lo que refiere al régimen de invalidez de los actos administrativos, generando la inquietud sobre la pervivencia de la citada esencialidad, como así también sobre la posibilidad de subsanar su omisión en instancias procedimentales y/o judiciales ulteriores, a la luz de la *teoría/doctrina de la subsanación* conforme a la jurisprudencia federal.

PALABRAS CLAVES: Dictamen jurídico, procedimiento administrativo, nulidad, subsanación, elemento esencial.

ABSTRACT: Among the advisory activities prior to the issuance of an administrative act, the enactment of national law No. 19549 on Administrative Procedure incorporated the opinion of the legal services as an essential component of the administrative procedure at the national level. The recent enactment of national law No. 27742 introduced significant reforms, particularly regarding the invalidity regime for administrative acts, raising concerns about the continued existence of this essential requirement, as well as about the possibility of remedying its omission in subsequent procedural and/or judicial stages, in light of the *theory/doctrine of rectification* according to federal jurisprudence.

KEY WORDS: Legal opinion, administrative procedure, nullity, rectification, essential element.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar.

© Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/cdp.2025\(11\)03](http://dx.doi.org/10.22529/cdp.2025(11)03)

¹ Artículo recibido el 21 de agosto de 2025 y aprobado para su publicación el 6 de noviembre de 2025.

(*) Abogada, Notaria, Licenciada en Ciencia Política, Profesora Universitaria en Abogacía (Universidad Católica de Córdoba), Magister en Derecho Administrativo (Universidad Nacional de Córdoba), Diplomado post magistral en Derecho Administrativo profundizado (Universidad Austral). Se desempeñó como abogada en la Fiscalía de Estado de la Provincia de Córdoba (2019-2023) y actualmente presta servicios en la Secretaría Legal y Técnica del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Mail: nazarenacastresana@hotmail.com.

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

I. Introducción

Explicaba un Secretario General de la Organización de Naciones Unidas que el Estado de Derecho es *“un principio de gobernanza en el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal”*².

Más allá de los argumentos esgrimidos en la discusión política actual respecto al mayor o menor grado de intervención³, este informe adopta como premisa inicial indiscutible que en un país que, como el nuestro, se precie de calificarse como un *Estado de Derecho*, la *subordinación de la actuación del Estado al orden jurídico vigente constituye la garantía de los ciudadanos y ciudadanas en contra del ejercicio abusivo y arbitrario de las autoridades públicas, en defensa de la juridicidad y el respeto por los derechos individuales y sociales*. Y en ese marco, destacada doctrina ha reseñado la importancia que posee el procedimiento administrativo previo a la emisión del acto; y en particular la existencia de órganos de control internos y externos dotados de las herramientas esenciales para un adecuado funcionamiento⁴.

² Informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos (S/2004/616). Recuperada del sitio oficial de la Organización de Naciones Unidas con fecha 07/09/2025 en <https://www.un.org/ruleoflaw/es/what-is-the-rule-of-law/> y <https://www.un.org/ruleoflaw/what-is-the-rule-of-law/>.

³ En opinión de la autora del presente informe, las reformas en el plano jurídico no se pueden escindir del contexto político en el que coyunturalmente emergen. En ese sentido, las modificaciones introducidas a la Ley de Procedimientos Administrativos se produjeron en el marco de una discusión política que revive, al menos aparentemente, la potencial discusión entre dos (2) corrientes analíticas de la teoría política tradicional: el *liberalismo* frente al *comunitarismo* en el diseño institucional del Estado, cuya principal disidencia se enrola en el grado de intervención estatal, esto es, hasta qué punto resulta deseable o conveniente la intervención del Estado en la esfera privada de los particulares, en especial en la economía.

⁴ BUSTELO, Ernesto. *Intervención de las Fiscalías de Estado provinciales en el procedimiento administrativo: su trascendencia e inexistencia de un organismo similar en el orden federal*. En: Pozo Gowland, Héctor (dir) [et al.] *Procedimiento administrativo* (801-831). Buenos Aires: La Ley 2012, Volumen: II.

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

Entre las actividades de asesoramiento previas a la emisión del acto, el dictamen de los servicios jurídicos, en tanto producto natural del principio de la legalidad cuya función primordial es consagrar la juridicidad en el ejercicio de función administrativa⁵, se ha erigido normativamente como parte integrante esencial del procedimiento administrativo a nivel nacional. Esencialidad a punto tal que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19549 en su versión primigenia, al enumerar los requisitos esenciales del acto administrativo, dispuso que “antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico”, entre los cuales consignó expresamente a los dictámenes “cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos”⁶.

La asunción de la nueva gestión a nivel nacional acaecida en el mes de diciembre del año 2023, argumentando en su defensa la existencia una crisis de índole económica, previsional, tarifaria, de seguridad y social sin precedentes, introdujo un conjunto de medidas de emergencia para “restituir la Democracia Liberal y la Economía de Mercado y avanzar en la Reforma del Estado con el objeto de consolidar la estabilidad económica, garantizar el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad de los argentinos”⁷. Entre las medidas adoptadas, interesa mencionar la remisión del Poder Ejecutivo al Congreso Nacional del proyecto de *Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos* que una vez sancionada, tras sucesivas modificaciones, fue publicada el 08/07/2024 y entró en vigencia a partir del día siguiente como ley nacional N° 27742 (en adelante, Ley Bases). Entre otra normativa relevante, la Ley Bases introdujo modificaciones sustanciales en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19549 (en adelante, LNPA); en particular a lo que concierne al régimen de invalidez de los actos administrativos.

En ese marco, el objeto del presente informe es analizar, diagnosticar y reflexionar: lo primero, a los efectos de verificar si, tras las modificaciones introducidas por la Ley Bases a la LNPA,

⁵ GOROSTEGUI Beltrán. *El Dictamen Jurídico Administrativo*, 2 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: El Derecho, 2014, p. 49.

⁶ Artículo 7 inciso “d”.

⁷ Mensaje del Presidente en acuerdo de Ministros al Congreso de la Nación en las páginas iniciales del proyecto citado -hoy ley vigente-. Recuperado de: https://trivia.consejo.org.ar/ficha/517934-proyecto_de_ley_bases_y_puntos_de_partida_para_la_libertad_de_los_argentinos

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

estamos en condiciones de afirmar que el *dictamen previo* sigue siendo un requisito esencial del procedimiento administrativo; lo segundo, a los efectos de indagar si la omisión del *dictamen previo* es susceptible de nulificar un acto administrativo; y lo tercero, reflexionar acerca de la pervivencia de lo que doctrinaria y jurisprudencialmente ha sido definido como la *teoría/doctrina de la subsanación* de actos administrativos dictados en ausencia de dictamen previo en instancias -procedimentales y/o judiciales- ulteriores.

En línea con la extensión propuesta por la cátedra, estas breves páginas no procuran agotar una temática por de más compleja, sino presentar algunas reflexiones iniciales respecto al objeto de estudio. A dicho fin, y siguiendo los objetivos propuestos precedentemente, la primera parte intentará repasar algunos conceptos centrales vinculados al procedimiento administrativo, en general, y al dictamen jurídico, en particular; para luego dilucidar si la ausencia de éste último sería susceptible de producir sanción alguna; y finalmente concluir en una opinión personal respecto a la juridicidad de la *teoría/doctrina de la subsanación* posterior.

II. Desarrollo

1- *Precisiones conceptuales liminares*

El acto administrativo ha sido definido como toda declaración de un órgano del Estado, o de un ente no estatal, emitida en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros⁸.

Para que el acto goce de plena validez, la doctrina ha ensayado diferentes elementos esenciales, receptados normativamente; cuya inobservancia o vicio grave en su existencia, determinaría que estamos en presencia de un acto ilegítimo susceptible de declaración de invalidez y de nulidad o expulsión del mundo jurídico.

Enseña Cassagne que los autores del proyecto de la LNPA⁹, materia de acto administrativo, siguieron las opiniones expuestas por Marienhoff en su *Tratado de Derecho Administrativo*. Sin

⁸ COMADIRA, Julio Rodolfo. *Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo*. En Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios., LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, segunda edición actualizada y ampliada, Cap. I, p. 15.

⁹ Héctor Escola, Adalberto Cozzi y Carlos Young.

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

embargo, en dicha obra el autor no reconoce en forma expresa al procedimiento como un elemento esencial del acto. Para él, el acto administrativo tiene elementos esenciales y accidentales: entre los primeros ubicaba al sujeto, la causa, el objeto, la forma, la finalidad y la moralidad; mientras que los elementos accidentales son, en cambio, los que pueden o no existir sin que su ausencia influya en la validez del acto, como por ejemplo el término, modo o condición. Este autor comparte el criterio amplio que debe dársele al elemento forma - sostenido por autores como Fiorini- que no sólo contempla la forma que debe observarse al emitir el acto que exterioriza la voluntad administrativa, sino también al conjunto de formalidades o requisitos que deben respetarse para llegar a emitir el acto. Para Marienhoff, estas formalidades que incluye en el elemento forma, constituyen una parte del procedimiento administrativo y su omisión da lugar a la nulidad de dicho acto¹⁰.

No obstante, la LNPA en su versión primigenia incluyó específicamente al procedimiento como un requisito esencial del acto, independiente de la forma y/o de cualquier otro elemento, en los siguientes términos: “...*Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: (...) Procedimientos. d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos...*”¹¹.

La lectura de la norma otrora vigente extrae como corolario algunas cuestiones importantes: a) la primera, definir qué se entiende por procedimiento; b) la segunda, la relevancia de la palabra “antes” que implica la necesaria prelación temporal del procedimiento a la emisión del acto; y c) la tercera, la importancia que el legislador le otorgó a los dictámenes provenientes de los servicios permanentes de asesoramiento jurídicos cuando el acto pudiere afectar situaciones jurídico subjetivas.

a) *El procedimiento administrativo*: Cassagne explica que el concepto de procedimiento pertenece

¹⁰ CASSAGNE, Ezequiel. *El dictamen de los servicios jurídicos de la Administración*. Publicado en: LA LEY 15/08/2012. Recuperado de: <https://fragmentosdederechoadministrativo.wordpress.com/wp-content/uploads/2018/05/el-dictamen-de-los-servicios-juridicos-de-la-administracion-ezequiel-cassagne.pdf>

¹¹ Artículo 7 de la versión original de la LNPA.

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

a la teoría general del derecho y se aplica a todas las ramas en que éste se divide. Puede definirse como una forma de combinación de actos cuyos efectos jurídicos se encuentran vinculados causalmente entre sí. Se trata, para el autor, de un concepto formal y cada función tiene un procedimiento. Así, el procedimiento administrativo constituye el cauce formal de la función administrativa tomada ésta en el sentido objetivo o material¹².

El control que se desarrolla en el ámbito de la Administración Pública asume distintas modalidades, pero, en todos los casos, se realiza a través del procedimiento administrativo; es decir, a través de una serie de actos orientados a la realización del contralor de legitimidad y de oportunidad, mérito o conveniencia y que sirven de garantía de los administrados. El procedimiento administrativo constituye de ese modo un instrumento de control de la legitimidad (la legalidad y la razonabilidad o justicia) y del acierto de los actos en relación al interés público que es el fin que la Administración persigue (oportunidad, mérito o conveniencia)¹³.

b) *El debido procedimiento previo*: la locución *antes* utilizada por la LNPA en su versión originaria, determina para la administración una prelación temporal: el cumplimiento del procedimiento es previo a la emisión del acto. Este conjunto concatenado de trámites, diligencias y actuaciones encaminados a preparar la actividad formal deben ser anteriores a la expedición del acto.

Comparto la visión de Comadira en este punto en cuanto sostuvo que el artículo 7 de la LPNA importaba el respeto para los administrados del *debido proceso adjetivo* contemplado en el artículo 1 inciso *f* del mismo cuerpo legal. Este principio, además el derecho a ser oído y a ofrecer y producir prueba, comprende el derecho a una decisión fundada -en hechos y en derechos- y la

¹² CASSAGNE, Juan Carlos. *Acercas de la conexión y diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso civil*. Publicado en: LA LEY1990-C, 967, Cita: TR LALEY AR/DOC/2217/2001.

¹³ CASSAGNE, Juan Carlos. *En torno a la naturaleza del procedimiento administrativo y sus clasificaciones fundamentales*. El Derecho 97-889.

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

consiguiente posibilidad del administrado de recurrir dicho decisorio tanto en sede administrativa como en sede judicial¹⁴.

En mi opinión, en un Estado constitucional y convencional de derecho, a la luz de la interpretación de la jurisprudencia internacional¹⁵ y siguiendo los lineamientos que regula la Constitución nacional¹⁶, los poderes del Estado en ejercicio de función administrativa no están exentos, no solamente de respetar un procedimiento debido, sino -además- de que este sea previo a la emisión del acto; máxime si resultará lesivo o violatorio de los derechos constitucionales de los particulares.

c) *El dictamen de los servicios jurídicos*: se advierte también, como una tercera consideración, que el legislador nacional otorgó al dictamen una valoración especial en tanto es el único requisito esencial del procedimiento administrativo que se encontraba expresamente normado como una exigencia que debía observar la Administración cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos. No cualquier dictamen, sino el emitido por los servicios jurídicos de asesoramiento permanente.

El dictamen, en una concepción general, es la opinión fundada en ciencia o arte emitida por un especialista; si versa sobre cuestión jurídica debe apoyarse en derecho. Etimológicamente quiere decir opinión o juicio que se emite sobre una cosa¹⁷. Barra le atribuye una importancia especial, por cuanto afirma que en su funcionalidad procesal es un acto preparatorio, en la

¹⁴ COMADIRA, Julio Rodolfo. *Función administrativa y los principios generales del procedimiento administrativo*. Libro Homenaje a los 130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 1994.

¹⁵ v.gr. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló: "...Violación de los artículos 8.1, 8.2 y 25. Garantías judiciales y protección judicial (...) En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados (...) Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso...".

¹⁶ El artículo 18 prescribe "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo...".

¹⁷ LUQUI, Juan Carlos. *El dictamen jurídico. Lecciones y Ensayos*, (30), 47-59, 1965.

Recuperado de: <https://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/30/el-dictamen-juridico.pdf>.

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

medida que sirve para la elaboración de actos decisorios y, en su otra faz, es un elemento causal en tanto el elemento cognoscitivo contenido en el dictamen debe ser incorporado a la determinación y configuración de los hechos o a la identificación e interpretación del derecho aplicable¹⁸.

En definitiva, el dictamen asegura el control de legalidad del obrar administrativo y pareciera que la LNPA le atribuyó una función de garantía para los administrados; que se encuentra plenamente justificada, entre otras razones, porque la Administración no es un tercero imparcial dentro del procedimiento administrativo y, en ese sentido, otorga un matiz de independencia a quien por naturaleza no la puede tener¹⁹.

2- Algunas consideraciones sobre el régimen de invalidez. La teoría de la subsanación

Tal y como fuera adelantado en la introducción del presente informe, el segundo objetivo radica en dilucidar la consecuencia que la redacción anterior de la LNPA atribuía a la falta del dictamen jurídico previo.

Queda aclarado, entonces, que pareciera indubitable que en el marco del conjunto de elementos esenciales del acto, el procedimiento previo a su emisión y en particular el dictamen jurídico cuando se pudieren lesionar derechos subjetivos o intereses legítimos, debían ser observados por parte de la autoridad competente. Ahora bien ¿Qué sucedía si se emitía el acto sin dictamen previo?

Sammartino en una publicación reciente²⁰ enseña que es necesario distinguir cuatro significantes que de ordinario son utilizados de manera promiscua aun cuando sus respectivos significados son distintos.

¹⁸ BARRA, Rodolfo. *Administración y Actividad Consultiva, Cuestiones de Procedimiento Administrativo*. RAP, Buenos Aires, p. 542, 2006.

¹⁹ GOROSTEGUI Beltrán, ob. cit. p. 43.

²⁰ SAMMARTINO Patricio, en el capítulo *Nulidades Administrativas en la LNPA reformada* de la Revista Derecho Administrativo 159 mayo - junio 2025, p. 37.

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

Establece el autor que la *ilegitimidad* es la discordancia del acto administrativo con las normas - principios y reglas- del bloque de juridicidad que gobiernan y condicionan su emisión. La ilegitimidad del acto administrativo se refleja y manifiesta técnicamente a través del vicio, defecto o irregularidad. La *invalidéz*, es la declaración formal de ilegitimidad que realiza la autoridad competente administrativa o judicial. *Nulidad* es un término técnico que expresa la sanción que el ordenamiento jurídico le imputa al acto inválido. Esta sanción se exterioriza mediante la expulsión, remoción o retiro (total o parcial) del acto del mundo jurídico. Finalmente, la *ineficacia* queda reservada para indicar la cesación o privación (en el caso de la nulidad, definitiva) de los efectos del acto portador de vicios determinantes de nulidad absoluta o relativa.

En la LPNA originaria el esquema de las nulidades distinguía dos categorías de nulidad de los actos administrativos: o el acto es nulo de nulidad absoluta o es anulable de nulidad relativa.

Respecto a la primera, el artículo 14 de la LNPA originaria disponía: “...*El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos: (...) b) (...) por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado...*”; y respecto a la segunda, prescribía el artículo 15 “...*Si se hubiere incurrido en una irregularidad u omisión intrascendente o en un vicio que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales, el acto será anulable en sede judicial...*”.

¿Cuál es el criterio de distinción en la LNPA? Para gran parte de la doctrina²¹, el criterio era la gravedad del vicio y la afectación a uno o más elementos esenciales del acto administrativo. En ese orden de ideas, en la LNPA es posible postular que: **a)** el acto administrativo será *nulo de nulidad absoluta* cuando: i) carezca de alguno o algunos de sus elementos esenciales o bien ii) concurren todos pero alguno o algunos ostenten un vicio grave o fundamental; y **b)** el acto

²¹ COMADIRA, Julio Rodolfo. *El acto administrativo...*, cit., p. 74. En el mismo sentido: Marienhoff, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, cuarta edición actualizada, t. II, p. 502; Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. Depalma, Buenos Aires, 1955, quinta edición, t. II, ps. 118/119.

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

administrativo *será anulable de nulidad relativa* cuando estén presentes todos sus elementos pero alguno o algunos presenten un vicio leve o no fundamental²².

Siguiendo un razonamiento lógico diría: siendo el dictamen un requisito del procedimiento administrativo expresamente normado y éste -a su vez- un elemento esencial, el acto administrativo emitido sin dictamen jurídico previo debiera acarrear la nulidad absoluta por ausencia o al menos vicio grave del elemento esencial.

Ahora bien, dijimos también que el procedimiento estaba regulado expresamente como un elemento distinto a otros, distinto incluso a la forma del acto a pesar de la influencia que Marienhoff había ejercido en los redactores de la LNPA en su versión primigenia. No obstante, esta última no incluyó en la enumeración del artículo 14 al vicio en el procedimiento de manera expresa, como sí lo hizo con otros elementos, por ejemplo, la competencia, la causa y la finalidad.

En mi opinión, la redacción de otrora vigente LNPA no era tan clara respecto a si efectivamente la ausencia de dictamen acarrearía un supuesto de nulidad absoluta. Si bien para algún destacado sector de la doctrina²³ es indudable que así lo era; lo que a mi juicio sí resulta contundente es que las irregularidades del procedimiento administrativo dieron lugar a lo que luego se conoció como la *teoría de la subsanación*.

La *teoría de la subsanación* importa -en lo que aquí interesa²⁴- que la omisión del dictamen previo no produce la nulidad del acto si finalmente el dictamen se produce en la etapa administrativa posterior, como por ejemplo en el trámite del recurso respectivo contra el acto²⁵.

²² COMADIRA, Julio Pablo. *Estudio de Derecho Administrativo*. Publicado en cuestiones estructurales de derecho administrativo. Instituciones, buena administración y derechos individuales. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2018, p. 11 y ss.

²³ MAIRAL Héctor. *¿Uno o dos derechos administrativos?* En LL, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 aniversario, 2010, pp. 1-8, en Gordillo A., Tratado de derecho administrativo y obras selectas, t. 7, El derecho administrativo en la práctica, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2013. También se expiden en ese sentido Canda, F.O. en, El debido proceso adjetivo. La llamada "teoría de la subsanación" en Procedimiento Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 156; y Canosa A., en El procedimiento como elemento del acto administrativo, en Acto Administrativo y reglamento, Ediciones RAP, Id SAIJ: DACF140295.

²⁴ Referencias al respecto también se gestaron doctrinaria y jurisprudencialmente respecto a, por ejemplo, la ausencia del derecho de defensa en el procedimiento disciplinario en materia de empleo público. Al respecto,

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

Haciendo un análisis del desarrollo jurisprudencial, Aberastury y Cilorzo en una publicación reciente²⁶ señalaron que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) ha venido sosteniendo que los vicios procedimentales no importan violación del principio de defensa en la medida que sean subsanadas dentro del mismo procedimiento administrativo o saneados en el posterior proceso judicial²⁷. Desde antiguos precedentes²⁸ ha sentado el argumento que se debe demostrar de qué manera el vicio incurrido en el transcurso del procedimiento administrativo ha afectado el derecho a la defensa del pretensor.

En este orden de ideas, el caso que más ha sido citado en relación a la aplicación de la citada teoría es *Duperial*²⁹ en donde la CSJN, a pesar de la redacción originaria del artículo 7 inciso d, consideró que el vicio de la falta de dictamen quedaba subsanado al emitirse el dictamen jurídico correspondiente en el trámite del recurso jerárquico en el cual el particular impugna el acto original. De ese modo, explican los citados autores, la CSJN posibilitó que pudiera subsanarse el vicio por la posterior actividad de la administración dentro del transcurso del procedimiento administrativo; jurisprudencia fue continuada con posterioridad³⁰.

Si bien fue claro el aval jurisprudencial en el plano federal, no tardaron en surgir sendos posicionamientos doctrinarios denunciando la gravedad que importa permitir que la Administración subsane la ausencia del dictamen con posterioridad a la emisión del acto. En

recomiendo la lectura del Dr. Sesin D.J. en *La flexibilización del proceso contencioso de Córdoba*, en Revista Praxis de la justicia fiscal y administrativa, p. 127. Recuperado de: http://transparencia.tfja.gob.mx/cesmdfa/01/praxis_act/num_28/3_sesin_r28.pdf

²⁵ RIERA STIVAL, María de las Nieves. *El dictamen en la teoría del acto de la administración*. En XVII Jornadas y VII Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas-UNNE / Karen Alicia Aiub ... [et al.] ; 1a ed compendiada.- Corrientes: Moglia Ediciones, 2021.

²⁶ ABERASTURY Pedro y CILURZO María Rosa. *La teoría de la subsanación del acto administrativo*. Su crítica, publicado en la Universidad de Buenos Aires. Recuperado de: <https://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/bases-para-la-libertad/2025-aberastury-cilorzo.pdf>

²⁷ CSJN. “Universidad Bartolomé Mitre C/ Estado Nacional” (1969, Fallos: 273:134). Incluso siguiendo el dictamen del entonces Procurador General, sostuvo que “no cabe admitir la existencia de violación a la garantía de la defensa en juicio cuando el recurrente no indica las defensas o pruebas de que se habría visto privado a raíz del trámite de la causa”.

²⁸ CSJN, Fallos 216:58; 219:155 y 518; 222:17; 257:275, entre otros.

²⁹ CSJN. “Duperial I.C. c. Nación Argentina (Ministerio de Trabajo de la Nación) s/nulidad de resolución” (1979, Fallos: 301:953).

³⁰ CNFed. Cont.Adm, Sala III, “Distribuidora de Gas Cuyana S.A. c. Resol. N° 394/01-ENARGAS” del 22/12/2002, Fallos: 310:272.

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

algunos casos³¹ se consignó que admitir la *subsanación* importaría desvirtuar de raíz la esencia del requisito, convirtiéndolo en los hechos en un trámite meramente *disponible*, cuya observancia quedaría librada a la mera voluntad del funcionario. Otros autores, señalaron que la *subsanación* permite que el requisito procedimental se *vacíe* de contenido porque siempre quedaría abierta la posibilidad de la amplitud de prueba y debate judicial³². Finalmente hay quienes afirmaron que, a partir de *Duperial*, la CSJN *borró* el requisito legal ya que en la práctica en ningún caso podrá el particular plantear con éxito la nulidad del acto administrativo dictado sin el dictamen jurídico previo ya que, si lo impugna en término, podrá subsanarse el vicio al tramitar el recurso administrativo, y si no lo impugna el acto quedará firme por vencimiento del plazo para recurrir³³.

3- *El dictamen jurídico en la normativa actual: las modificaciones a la LNPA*

La sanción de la ley N° 27742 importó sustanciales modificaciones en distintos cuerpos normativos a nivel nacional; aunque a los fines del presente informe interesa destacar únicamente la influencia que produjo en la LNPA, en particular en los elementos esenciales y en el régimen de invalidez de los actos administrativos.

El artículo 7 vigente establece: “*Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: (...) d) Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan las normas especiales, se incluyen en estos últimos (i) el respeto a la tutela administrativa efectiva de quienes pueden verse afectados por el acto de alcance particular en sus derechos o intereses jurídicamente tutelados; y (ii) el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados...*”.

En mi opinión, la lectura del artículo nos permite aproximar algunas conclusiones: a) primero, el procedimiento continúa siendo un elemento esencial del acto; b) segundo, el mantenimiento de la prelación temporal del procedimiento a la emisión del acto -bajo la locución *antes*-; y c)

³¹ BUSTELO, ob. cit. p. 814.

³² COMADIRA, Julio Rodolfo y MONTE, Laura -Colaboradora-. *Procedimientos Administrativos - Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, p. 321, LA LEY, Buenos Aires, 2002 -extraídos de Bustelo en op. cit.

³³ MAIRAL, ob. cit., p. 122.

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

tercero, la importancia que el legislador le sigue otorgando a los dictámenes provenientes de los servicios permanentes de asesoramiento jurídicos cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados.

Sin perjuicio de esas primeras aproximaciones generales, las modificaciones introducidas en todo el plexo normativo a partir de la sanción de la Ley Bases importan realizar algunas apreciaciones más al respecto.

a) *El procedimiento administrativo*: Sammartino³⁴ explica que según el alcance establecido por el artículo 1º de la LNPA reformada, el procedimiento administrativo es el modo o método como se originan y producen los actos (unilaterales y bilaterales; generales y particulares; abstractos y concretos; externos o internos) que emanan de la función administrativa. La observancia de los procedimientos administrativos debidos -tal como lo exige el artículo 7 inciso *d* de la versión actual- adquiere relevancia para ordenar, limitar y brindar previsibilidad en el ejercicio de la función administrativa.

Ahora bien, considerando que el artículo 1 *bis* de la LNPA actual incorporó a la *buena administración* como uno de los nuevos principios fundamentales³⁵, el procedimiento administrativo sería instrumento que facilita y hace posible la concreta actuación del principio de buena administración. Si bien el legislador no ha definido su alcance, el autor entiende que el contenido de ese principio guarda directa relación con los valores y principios del Estado constitucional social y democrático de derecho consagrados en la Constitución nacional. La buena administración está llamada a servir al bien común en una sociedad democrática.

³⁴ SAMMARTINO Patricio. *El requisito esencial "procedimiento" en la LNPA reformada*. En Bases para la libertad en el derecho administrativo argentino - Tomo Amarillo, Universidad de Buenos Aires, 2025.

³⁵ CANDA, Fabián expone: "...Principios de transparencia, simplificación y buena administración. Estos tres principios propios del procedimiento administrativo resultan novedosos, ya que no estaban previstos en el texto anterior de LNPA. La transparencia es lo contrario a la opacidad. En el modelo weberiano 32, la opacidad significaba que la Administración no debía dar a conocer a la ciudadanía su trabajo interno so riesgo de que éste pudiese ser cuestionado, debilitándose así la realización del interés público. En esta línea, se suponía que obrar de forma transparente, dando a conocer cómo se llegaba a la toma de decisiones públicas, implicaba una posible traba u obstaculización en la realización del bien común. En la actualidad, el razonamiento es claramente al revés: la transparencia en el obrar administrativo coadyuva a la mejor realización del interés público..." (v. *Principios fundamentales del procedimiento administrativo en la LNPA reformada según la Ley de Bases*, en Bases para la libertad en el derecho administrativo argentino - Tomo Amarillo, Universidad de Buenos Aires, 2025.

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

La jurisprudencia de la CSJN³⁶ subraya que el procedimiento administrativo no solo constituye el ámbito a través del cual se debe procurar con justicia la satisfacción del interés público; en paralelo, es también una instancia para la defensa de los derechos e intereses de los particulares, sujeta inexcusablemente a los principios de legalidad, debido proceso adjetivo y sustantivo, o razonabilidad.

b) *El debido procedimiento previo*: la LNPA actual ha conservado la prevalencia temporal del procedimiento respecto al acto. Y si bien el legislador contemporáneo abandonó el necesario cumplimiento de los *procedimientos esenciales y sustanciales* (artículo 7 de la versión legal anterior) y se limitó a regular de un modo más genérico los *previstos e implícitos* del ordenamiento; lo cierto es que conservó la locución *antes*. Una vez más, a pesar de la posibilidad que confiere una modificación normativa de redactar nuevamente un artículo, sea extrayendo algunas categorías conceptuales o incorporando otras nuevas, el legislador pretendió mantener incólume el recaudo del debido procedimiento previo.

Por consiguiente, la actual formulación este requisito esencial consagrado en el artículo 7 inciso *d* queda configurada del siguiente modo: antes de la emisión del acto administrativo se deben cumplir los procedimientos (en puridad, las formas en sentido amplio) previamente establecidos, de manera expresa o razonablemente implícita, en las normas (reglas y principios) que conforman el ordenamiento jurídico³⁷.

c) *El dictamen de los servicios jurídicos*: entre los requisitos esenciales del procedimiento previo, la LNPA modificada mantuvo la exigencia del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico, e incorporó como novedad el respeto a la tutela administrativa efectiva; en ambos casos de quienes pueden verse afectados por el acto de alcance particular en sus derechos o intereses jurídicamente tutelados³⁸.

³⁶ CSJN. “Roa Restrepo, Henry”, (2021, Fallos: 344:1013, voto del juez Rosatti, considerando 6).

³⁷ SAMMARTINO Patricio, ob. cit. p. 371.

³⁸ La redacción actual ignora la distinción entre *derecho subjetivo* e *interés legítimo* tradicionalmente sostenida por la doctrina, la legislación y jurisprudencia administrativista.

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

Si bien la tutela administrativa efectiva no resulta el interés principal del presente informe, resulta inexorable su abordaje para interpretar la importancia del dictamen jurídico en el marco procedimental. Ello es así por cuanto, además de regularse de manera conjunta en un mismo artículo en la versión actual de la LNPA³⁹, se trata de un principio general expresamente regulado nada menos que en la primera parte de la norma⁴⁰ cuyo sentido y alcance ha sido sintetizado en el derecho a ser oído, a ofrecer y recibir prueba, a una decisión fundada y al plazo razonable; a lo que yo agregaría, por la influencia de la jurisprudencia internacional, el derecho a recurrir el decisorio en sede administrativa como en sede judicial.

Si bien admito que puede haber sido más clara la redacción anterior cuando destacaba expresamente su *esencialidad*, considero que si quedaba alguna duda de la trascendental intervención del servicio jurídico permanente, la Ley Bases la eliminó por completo al incorporar expresamente el principio tutela administrativa efectiva: y es que si bien el dictamen es un requisito del procedimiento expresamente regulado, la exigencia de tutela administrativa obliga a la emisión de un decisorio fundado; fundamentación que debe dar cuenta de la legalidad de lo decidido mediante el control de los servicios jurídicos en oportunidad de emitir el dictamen.

4- El régimen de invalidez en la LNPA modificada por Ley Bases. La teoría de la subsanación

Como corolario de lo expuesto en el apartado precedente pareciera indubitable que, en el marco de los elementos esenciales del acto, el dictamen jurídico cuando se pudieren lesionar derechos o intereses jurídicamente tutelados, debe ser observado por parte de la autoridad competente. Ahora bien, aquí se vuelve a imponer la misma pregunta ¿Qué sucede hoy si se emite el acto sin dictamen previo?

Con la modificación introducida por la Ley Bases, la LNPA diferencia los actos de nulidad absoluta e insanable, de los de nulidad relativa. En lo que aquí interesa, su artículo 14 dispone: “El acto administrativo es de nulidad absoluta e insanable (...) b) Cuando: (...) (iv) (...) se hubiere incurrido

³⁹ artículo 7 inciso d.

⁴⁰ artículo 1 bis.

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

en otra grave violación del procedimiento aplicable...". Por su parte, el artículo 15 prescribe: *"El acto administrativo es de nulidad relativa, y sólo será anulable en sede judicial, si presenta un defecto o vicio no previsto en el precedente artículo 14. Las irregularidades u omisiones no esenciales no dan lugar a nulidad alguna..."*.

Entiendo que, en su redacción actual, el artículo 14 sigue respondiendo a la teleología de la redacción original: esto es, la nulidad absoluta es la consecuencia de la ausencia o a un defecto grave de alguno de los elementos esenciales del acto. Más aún, creo que la versión actual presenta mayor claridad que la anterior en este punto, en tanto la enumeración de las causales del artículo 14 guarda entera conformidad con los elementos esenciales del acto administrativo que la propia LNPA enumera en su artículo 7.

El artículo 15 de la LNPA vigente sanciona con *nulidad relativa* al acto que presente un vicio no previsto en el artículo 14. En opinión de quien redacta, no queda duda que la potencial configuración de una *nulidad relativa* implica necesariamente que el vicio recae en un elemento esencial del acto administrativo.

Ahora bien, entre otros problemas que encuentro, el más relevante para mí es el siguiente: frente a la exhaustividad y detalle de la numeración prevista en el artículo 14 de la LNPA vigente ¿Cuál podría ser un vicio en un elemento esencial que no esté enumerado en el artículo 14 en su redacción actual que, a su vez, incluye más supuestos que la versión original? ¿Podríamos decir que la ausencia de dictamen califica como *grave* violación procedimental?

En el caso que nos incumbe, la redacción actual, al eliminar *violación de las formas esenciales* y reemplazarla por *grave violación al procedimiento aplicable*, logró un avance favorable en aras a la seguridad jurídica, aunque no con la certeza necesaria que se espera de una norma de tal importancia como lo es la LNPA. Si bien rescato la coherencia del legislador en aludir expresamente al *procedimiento* en esperada coincidencia con la enumeración de los requisitos esenciales del acto; dejó abierta la inquietud respecto a determinar cuándo es que la violación procedimental es *grave*, con la discrecionalidad que involucra un juicio al respecto.

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

Advirtiendo la exigencia expresa del dictamen entre los requisitos esenciales del procedimiento previo y a la luz del deber para la Administración de asegurar la tutela administrativa efectiva, *en opinión de quien redacta, la ausencia del dictamen importa una “grave violación” en el procedimiento, con la consiguiente declaración de invalidez y sanción de nulidad absoluta en los términos del artículo 14 inciso b) apartado iv).* Entiendo que la sanción de la *Ley Bases* -por si quedaba alguna duda- ratifica la improcedencia de la *subsanción* posterior ante la ausencia de dictamen como consecuencia de la interposición de un recurso.

En ese mismo sentido, Cassagne y Perrino⁴¹ señalan dos argumentos que inclinan la interpretación que sostiene que la falta del dictamen previo del servicio jurídico permanente constituye un defecto de nulidad absoluta: el primero, es que el artículo 7 de la LNPA lo considera integrante de un requisito esencial, con lo que puede interpretarse que repetir la expresión trámite esencial resultaba redundante; y, el segundo, que la exigencia del dictamen previo está relacionada con la observancia de la tutela administrativa efectiva.

El interrogante que ahora se impone es, justamente, cuál será el criterio que adoptará al respecto la CSJN en lo sucesivo ¿la falta de dictamen previo será causal de nulidad absoluta del acto? Si bien la jurisprudencia desde *Duperial* en adelante nos podría inducir una respuesta, la reciente sanción de la *Ley Bases* nos obliga a ser cautos y aguardar los futuros pronunciamientos que al respecto se dicten a nivel federal.

Lo que sí hay que aclarar es que no escapa al presente análisis que, en un fallo reciente emitido en noviembre del 2024, *Asociación Civil Universidad del Salvador*⁴², la CSJN volvió a expedirse sobre esta materia; aunque cabe aclarar que los hechos de la causa fueron anteriores a la sanción de la *Ley Bases* y por ende juzgables con la LNPA vigente en esa oportunidad.

Destaco este pronunciamiento porque expresamente allí la CSJN afirmó que “...*el dictamen jurídico es una actuación preparatoria de la voluntad administrativa requerida por la ley en forma expresa y clara cuando el acto afecta, como de hecho sucedió aquí, derechos subjetivos del administrado (artículos 7º, inciso*

⁴¹ CASSAGNE Juan Carlos y PERRINO Pablo. *El acto administrativo en la Ley de Bases*. Publicado en: LA LEY, 2024, AR/DOC/2299/2024.

⁴² CSJN. “Asociación Civil Universidad del Salvador C/ Inspección General de Justicia” (2024, Fallos 347:180).

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

d, de la ley 19549 y 14, inciso b, de la ley 19549). Incluso antes de la sanción de la ley citada la doctrina había precisado que la ausencia de un dictamen de requerimiento obligatorio, como indudablemente lo es el dictamen jurídico en el ámbito de la Administración Pública Nacional, era causa de nulidad del acto...”.

Pareciera que la conjunción expresa de los artículos 7 y 14 lleva a pensar que la CSJN entiende que la falta de dictamen previo importa la nulidad absoluta del acto; y que por lo tanto habría un abandono de la *teoría de la subsanación* sostenida en el caso *Duperial* ¿Pero, realmente es así? No me precipitaría a afirmarlo.

Hay una similitud en ambos casos, pero también una diferencia -a mi juicio- superlativa: tanto en *Duperial* como en *Asociación Civil Universidad del Salvador* existió un acto base sin dictamen jurídico previo que afectaba derechos de los particulares. No obstante, en el primero existió un recurso jerárquico en sede administrativa que permitió a la Administración reconsiderar o confirmar su acto en instancia posterior; mientras que en el segundo la actora no planteó un recurso administrativo contra la resolución sancionatoria, sino que directamente lo cuestionó mediante el recurso judicial⁴³. Esto implica que no existió dictamen jurídico posterior a la emisión del acto impugnado judicialmente que pudiera ser considerado por la Administración a los efectos de revisar su propia conducta⁴⁴.

En este sentido, me pregunto cuál hubiese sido la resolución de la CSJN en *Asociación Civil Universidad del Salvador* si hubiera existido impugnación en sede administrativa. A mi modo de ver, *la razón por la que revoca la sentencia del inferior no es el abandono de la “teoría de la subsanación”*. *La razón de la revocación fue que, como consecuencia de la falta de impugnación en sede administrativa, la Administración se vio imposibilitada a emitir el dictamen jurídico, incumpliendo uno de los requisitos esenciales para la validez del acto* ¿Qué hubiera sucedido si la actora deducía recurso administrativo y en consecuencia la Administración emitía el dictamen en oportunidad de resolver la impugnación? ¿Hubiera revocado el fallo del inferior, a pesar de la ausencia del dictamen previo? Lamentablemente, a mi modo de ver se impone la respuesta negativa.

⁴³ En los términos del artículo 15 de la ley N° 22315.

⁴⁴ Considerando 7 del fallo.

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

Sin embargo, lo que sí me parece destacable del reciente pronunciamiento citado es el recordatorio que sus considerandos ensayan sobre la importancia del dictamen jurídico previo. Rescata enfáticamente la CSJN que: la exigencia del dictamen jurídico previo hace al debido proceso adjetivo; que su ausencia no se purga por el hecho de que la decisión administrativa que eventualmente se adopte sin recurrir a ese dictamen cumpla con los restantes requisitos esenciales de los actos administrativos; que la cuestión de si el acto es o no conforme a derecho también depende del cumplimiento del requisito de emisión del dictamen previo a la decisión final por parte de la Administración; que el dictamen jurídico es una actuación preparatoria de la voluntad administrativa requerida por la ley en forma expresa y clara cuando el acto afecta derechos subjetivos del administrado. Finalmente, reiteró que incluso antes de la sanción de la Ley Bases la doctrina había precisado que la ausencia de un dictamen de requerimiento obligatorio, como indudablemente es el dictamen jurídico en el ámbito de la Administración nacional, era causa de nulidad del acto administrativo.

III. Conclusión

La defensa del Estado constitucional y convencional de derecho presupone como requisito inexorable la subordinación de la actuación del Estado al orden jurídico vigente. Los legisladores de la Ley Bases, a pesar de la oportunidad que otorga una modificación normativa, eligieron el mantenimiento el requisito del debido procedimiento previo a la emisión del acto administrativo; entre estos, expresamente, el dictamen jurídico de los servicios jurídicos permanentes.

En una democracia como la nuestra en la que, afortunadamente, todos los ciudadanos tenemos el derecho de elegir y ser elegidos; no es una exigencia para ocupar cargos públicos en la Administración nacional -en la mayoría de los casos, al menos- ser experto en la materia jurídica⁴⁵. En ese sentido, la exigencia de que el dictamen sea emitido por el servicio de asesoramiento jurídico permanente es una garantía en sí misma para el administrado. Véase, la importancia que el legislador le otorgó a *quién* emite el dictamen.

⁴⁵ Ya desde el siglo XX el filósofo alemán, Max Weber, hizo referencia a la cuestión de la diferencia entre el burócrata/tecnócrata y el político (v.gr. *El político y el científico* y *La política como vocación*, ambos de 1919).

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

Supone ser que estos servicios aspiran a conformarse por un cuerpo de abogados del Estado que, como profesionales del derecho y mediante la capacitación constante⁴⁶, son quienes están formados en la materia y conocen las leyes y principios que comprenden el bloque de juridicidad.

Más allá de que un acto administrativo se funde en causa de derecho y ella esté expresada, la motivación del funcionario político (en su calidad de autoridad competente) no supe la importancia de que un servicio jurídico, con conocimiento técnico en la materia, se expida sobre la adecuación del acto con el ordenamiento jurídico. Un servicio jurídico que además debe ser permanente, con el aditamento que ello importa respecto a la experiencia y al conocimiento práctico que otorga la habitualidad en el desarrollo de una función.

También es importante agregar que la finalidad de la función administrativa y de todo acto administrativo es la satisfacción del interés público. Esto me lleva a un paso más: toda actuación de la Administración debe adecuarse al orden jurídico vigente, independientemente si afecta o lesiona *derechos o intereses jurídicamente tutelados* en tanto y en cuanto la satisfacción del interés público es su finalidad principal. En ese sentido tanto la otrora LNPA como la Ley Bases, se limitan a exigir el dictamen únicamente en los casos que afecten al particular, olvidando que la garantía de juridicidad hace a la satisfacción del interés general. La importancia trascendental de la función consultiva es una garantía para toda la ciudadanía y debiera ser exigida en todo acto administrativo, con prescindencia si sus efectos son o no favorables para el administrado que ocurre ante el órgano decisor.

Por lo demás, comparto con Gorostegui⁴⁷ que el dictamen cumple una función de garantía para los administrados, la cual se encuentra plenamente justificada porque la Administración no es un tercero imparcial dentro del procedimiento administrativo, sino juez y parte, y el dictamen aquí aparece otorgando un matiz de independencia a quien por naturaleza no la

⁴⁶ Por el decreto N° 754/1994 se creó la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado con dependencia de la Procuración del Tesoro de la Nación y se constituyó en organismo de capacitación y perfeccionamiento técnico específico de los profesionales que ingresen y desarrollen su carrera administrativa en el Cuerpo de Abogados del Estado. El citado decreto fue modificado su similar N° 808/2021.

⁴⁷ GOROSTEGUI Beltrán, ob. cit. p. 43.

EL DICTAMEN JURÍDICO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL ¿SIGUE VIGENTE LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN?

puede tener. Sumado a lo anterior, por regla la intervención de los particulares en el procedimiento administrativo es sin patrocinante legal que lo pueda asesorar jurídicamente, función que indirectamente también cumple el dictamen.

Tampoco es menor enfatizar la importancia que el dictamen previo detenta en el funcionamiento dinámico de la Administración. El acto administrativo goza de presunción de juridicidad, pero además de fuerza ejecutoria al facultar a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, sin intervención judicial⁴⁸. No hace falta ser un avezado en el tema para advertir lo trascendental que resulta que, previo a generar sus efectos, se haya garantizado el control de legalidad de la decisión.

Incluso, si bien es cierto que el recurso jerárquico es obligatorio para agotar la vía administrativa⁴⁹, su interposición -por regla- no suspende la ejecución del acto. Aunque pudiéramos sostener que la ausencia de dictamen podría ser subsanada en instancia posterior, imaginemos el desgaste de recursos económicos y humanos que importa para el administrado excitar la revisión de un acto, y para la Administración suplir las deficiencias e irregularidades procedimentales que debió cumplir en instancia previa. Ello sin considerar que puede suceder que los perjuicios que genere un acto ilegal, sean irreparables en instancia posterior.

En definitiva y en virtud de todas las razones expuestas, para mí es muy claro que la sanción de la Ley Bases trajo consigo certeza respecto a que corresponde la sanción de nulidad absoluta de un acto que carece del dictamen jurídico previo a su emisión, haciendo improcedente la *teoría de la subsanación* en instancia posterior. La pregunta es ¿Cuál será la interpretación de la CSJN en lo sucesivo?

⁴⁸ Artículo 12 de la LNPA modificada por la Ley Bases.

⁴⁹ Artículo 23 de la LNPA modificada por Ley Bases.