

BREVES REFLEXIONES ACERCA DE LA PRUEBA DEL DAÑO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

EDUARDO MERTEHIKIAN*

I. INTRODUCCIÓN

La expresión “probar” no es única o unívoca y recibe más de una significación, tal como lo enseña la autorizada doctrina. Por lo pronto, es todo elemento de *convicción* del juez –en nuestro caso cabe decir del órgano administrativo–, pero igualmente son los *medios* que le permiten formarse esa *convicción*.

Con la misma voz se caracteriza a la *actividad* que desarrollamos al ofrecerla (o proponerla) o producirla. También se señala que vale para centrarnos en su *eficacia* (hablamos de eficacia probatoria sin duda), en cuanto susceptible de provocar esa *convicción*. Por último, constituye la *averiguación* (en el proceso penal) o la *verificación* jurídica (en el proceso civil) que realizan las partes o el juez para acceder a la verdad o a la certeza de lo que se controvierte en una causa o litigio.¹

En cuanto a qué debe entenderse por “daño” corresponde remitirse a lo dispuesto por el Artículo 1068 del Código Civil en cuanto establece: “[...] habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades [...]”² y que, como ha dicho reite-

* Profesor Titular de Derecho Administrativo Profundizado de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Profesor Protitular de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires. Profesor Titular de la Materia Responsabilidad del Estado en la Escuela de Abogados del Estado. Profesor de la Maestría en Derecho Administrativo-Universidad Austral. Director de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*.

¹ Morello-Sosa-Berzonce, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Tomo V-A, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, 1993, p. 7.

² Para una exposición más detallada sobre aquello que considero debe quedar circunscrito el concepto de *daño* en nuestro Derecho me remito a *La Responsabilidad Pública – Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Capítulo V, numeral 19, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001, p. 117 y sigs.

radamente nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, refiere a la lesión a toda situación jurídicamente protegida.

Realizadas esas primeras y breves precisiones terminológicas, debemos recordar también que la carga de la prueba incumbe –por principio– a quien alega los hechos y esto es particularmente así en materia de indemnización de daños y su cuantía. El no probar –señalan los autores seguidos en este punto– genera una sanción lógica, desde que los hechos afirmados por el titular de la carga quedan como inexistentes.³

Sin embargo, no debemos perder de vista que al tratarse de un procedimiento administrativo promovido por el administrado para obtener un resarcimiento por la lesión que le ha sido inflingida por una conducta (acción u omisión) emanada de la propia organización estatal, no es admisible que ésta pueda escudarse en la ausencia de prueba sobre una conducta (acción u omisión) que le es propia, razón por la cual la rigurosidad del criterio expuesto acerca de la carga de probar la verificación de los requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria debe quedar circunscrita a los extremos relativos a la cuantía del daño y a la relación de causalidad entre éste y la conducta que se invoque como su causante. La plena vigencia del elemental principio general de la buena fe, que actúa como una verdadera garantía jurídica del administrado frente al Estado,⁴ se opone a que la Administración pública pueda desplegar una conducta semejante.

II. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS APLICABLES AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Sin perjuicio de que con el tiempo se ha ido atemperando el principio dispositivo característico del proceso civil, laboral o administrativo, en orden a la búsqueda de la verdad material por sobre la verdad formal, con la salvedad hecha en el apartado anterior, no deja de regir la regla según la cual la carga de probar los hechos que se alegan como causa generadora del daño y aún este mismo pesa sobre quien los alega (Art. 377 Código Procesal aplicable supletoriamente al procedimiento administrativo), aún cuando por el *principio de oficialidad* característico del procedimiento administrativo, la Administración –como se explicará seguidamente– debe como principio observar la búsqueda de la verdad material u objetiva.

Tan vigente es este último principio, que ante el eventual desistimiento del procedimiento administrativo o del derecho en el que se ha fundado el interesado para promoverlo, la Administración pública viene normativamente obligada a continuarlo en el supuesto de que se encontrase involucrado el interés administrativo o general y en conse-

³ Morello-Sosa-Berizonce, *op. y loc. cit.*

⁴ Acerca del funcionamiento de los principios generales del Derecho como garantía jurídica del particular véase Cassagne, Juan Carlos, *Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1988, en especial p. 47.

cuencia tal desistimiento no implicará la clausura de los trámites y el órgano administrativo deberá proseguir con las actuaciones y concluirlas mediante el dictado de un acto administrativo expreso y siempre fundado que hasta podría favorecer al propio administrado que hubiese desistido del procedimiento o de su derecho (Art. 70 RPA).

Ahora bien, la más calificada doctrina ha caracterizado el *procedimiento administrativo* como la serie, secuencia o sucesión de actos a través de los cuales se expresa, ordenada y sistemáticamente la voluntad administrativa.⁵ El procedimiento administrativo entonces, como cauce formal de la expresión de la función administrativa,⁶ está regido por *principios esenciales entre los que sobresalen el de legalidad, oficialidad, debido proceso (adjetivo y sustantivo) y verdad material u objetiva*, encontrándose todos ellos receptados normativamente en el Artículo 1° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, y respecto de la cual se ha señalado que es la primera ley americana en la que tuvo reflejo el procedimiento español.⁷

Se admite unánimemente que la búsqueda de la verdad material u objetiva, inscrita en nuestro ordenamiento en la garantía consagrada en el Artículo 18 de nuestra Constitución Nacional y en las normas internacionales que le aseguran a los particulares el derecho a la tutela judicial y administrativa efectiva,⁸ radica en la obligación que pesa sobre el órgano administrativo de adecuar sus decisiones a la realidad y sus circunstancias, tal como éstas son y con independencia del modo en que han sido presentadas por las partes en el procedimiento,⁹ superando de ese modo el criterio de la vigencia de la verdad formal.¹⁰

⁵ Comadira, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos* (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada), Tomo I (Laura Monti – Colaboradora), Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 3, concepto reproducido en el trabajo del mismo autor “Las Bases Constitucionales del Procedimiento Administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 309: 229 y sigs. (Año XXIV).

⁶ Canosa, Armando N., *Los Recursos Administrativos*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996, p. 46.

⁷ González Pérez, Jesús, “Principios del procedimiento administrativo en América Latina”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 283: 13 y sigs., que fuera incluido por el autor bajo el mismo título como Estudio Preliminar en la obra del Profesor Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Legis, primera edición 2003.

⁸ Recordemos que el Art. 2°, apartado 3°, incisos a) y b) Pacto de Derechos Civiles y Políticos, disponen: “Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales. b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial.”

⁹ Cfr. Comadira, Julio Rodolfo, *Las Bases...*, *op y loc. cit.* De igual manera se expresa la doctrina extranjera para lo cual me remito a Brewer-Carías, Allan R., *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Legis, primera edición 2003, pp. 136/137.

¹⁰ Brewer-Carías, Allan R., *op y loc. cit.*

A tono con esa garantía constitucional y como materialización de su operatividad en el procedimiento administrativo nacional, el artículo 1º), inciso f) de la Ley N° 19.549 establece que es: “[...] derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad: [...] 2) Derecho a ofrecer y producir pruebas. De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, *debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva*; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el periodo probatorio.” (el destacado es propio).¹¹

A su turno y en línea con lo expuesto, el Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo (Decreto N° 1.759/1972, texto según Decreto N° 1.883/1991), dispone en su Artículo 46: “*De la prueba. La administración, de oficio o a pedido de parte, podrá disponer la producción de la prueba respecto de los hechos invocados y que fueren conducentes para la decisión, fijando el plazo para su producción y su ampliación, si correspondiere. Se admitirán todos los medios de prueba, salvo los que fueren manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios.*”

Tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación, sobre la base de tales principios y disposiciones: “[...] que es por ello que cuando hay cuestiones planteadas por las partes que se encuentran controvertidas y respecto de las cuales ellas no han ofrecido prueba, *la Administración debe producirla de oficio*, en virtud de la oficialidad y del principio de la verdad jurídica objetiva – Art. 1º, incs. d) y f), ap. 2, decreto ley y Artículos 46 y 48 del Reglamento. (PTN, *Dictámenes*, 163:137) (el destacado está en el original).

Del mismo modo, el Alto Organismo Asesor ha dicho: “[...] no es conveniente que la Administración se aparte del principio de verdad material, con exclusión de cualquier otra consideración. En el procedimiento administrativo deben imperar, como principios fundamentales, el de la legalidad y el de la verdad material sobre la verdad formal.” (*Dictámenes*, 114:180; 190:207; 228:6).

La doctrina científica se ha expresado también sobre este punto de manera contundente, señalando que conforme se desprende del mencionado Artículo 46 del Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo, “La Administración podrá, de oficio o a pedido de parte, disponer la producción de prueba respecto de los hechos invocados y que fueren conducentes para la decisión. Consecuentemente, todo hecho o circunstancia puede ser materia de prueba, pero no sucede lo mismo con

¹¹ Conforme se expresa por destacada doctrina, con la norma legal se vinculan las disposiciones de los Artículos 46 a 62, 78 y 79 del Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo: Canosa, Armando N. – Ana Salvatelli (Colaboradora), *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos – Comentada y Actualizada – 2005*, primera edición, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005.

relación al derecho, ya que no deben ser probadas las disposiciones internas de la Administración por presumirse conocidas.”¹²

III. ACERCA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CON ESPECIAL REFERENCIA A LA PRUEBA PERICIAL

En lo referido a la admisión de los medios de prueba, se ha dicho que no hay limitaciones jurídicas respecto de las pruebas que puedan producirse (PTN; *Dictámenes*, 68:11), por lo que cabe admitir, en principio, cualquier clase de prueba aceptada por la legislación procesal vigente en materia civil o laboral (PTN; *Dictámenes*, 90:286).

En ese sentido no debe perderse de vista que en todo lo que no se encuentre expresamente reglado en las normas de procedimiento administrativo se deberán aplicar en forma directa o supletoria –según sea el caso– las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Artículo 106, Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo).

No obstante cabe señalar también que la propia Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que en este ámbito los jueces tienen al efecto algunas potestades de las que carece la Administración pública (*Dictámenes*, 181:154) y en general ha limitado o restringido la posibilidad de que la Administración admita el resarcimiento en aquellos supuestos en que su procedencia es notoria o indubitable, criterio que –como ya lo he dejado expresado en anteriores oportunidades– no comparto, pues para fundarlo se apela a disposiciones que han perdido por completo su vigencia.¹³

De otra parte y aún cuando nada se diga al respecto, se debe asumir que la única limitación existente sobre este aspecto es que no se pueden aceptar pruebas obtenidas por medios ilícitos (v. gr.; las producidas con violación al debido proceso).¹⁴

Pues bien, con la salvedad de un limitado reconocimiento de la *prueba confesional* tanto sea de los agentes públicos, como del propio administrado (Art. 59 RPA) considero que las reglas del procedimiento administrativo vigentes en el ordenamiento nacional son sumamente generosas en orden a la admisión de medios de prueba con la finalidad de garantizar la efectiva vigencia de los principios establecidos en el Artículo 1° de la Ley N° 19.549 a los que antes hicimos breve referencia.

¹² Gordillo, Agustín – Director – y Colaboradores. *Procedimiento Administrativo* “(Decreto Ley N° 19.549/1972 y Normas Reglamentarias – Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentados y Concordados)”, Buenos Aires, Lexis Nexis – Depalma, 2003, p. 448.

¹³ Cfr. *La Responsabilidad...* obra citada, numeral 29, p. 215 y sigs. De igual modo puede verse “La responsabilidad del Estado en sede administrativa.” En el libro *Derecho Procesal Administrativo* – Juan Carlos Cassagne – Director, en homenaje al profesor español Jesús González Pérez, p. 1189 y sigs.

¹⁴ Brewer-Carías, Allan R., *Principios...*, op. cit., p. 143, donde señala los casos de la Constitución de Venezuela (Art. 49.1) y la Ley de Procedimiento Administrativo de Brasil (Art. 30).

En efecto, a poco que se examinen con detenimiento tales disposiciones se podrá apreciar que el órgano administrativo posee en este punto –sea por aplicación de dichas previsiones (v. gr.; Art. 1º Ley N° 19.549, Arts. 46 y sigs. RPA) o por vía de la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Art. 106 del RPA)– un haz importante de atribuciones para la búsqueda de la verdad material u objetiva, circunstancia que distingue al procedimiento administrativo de los procesos en los que prime el criterio de la verdad formal.¹⁵

Desde ya que no corresponde exigir la probanza de los hechos de público y notorio conocimiento y que es perfectamente admisible en este ámbito la declaración que realice el órgano administrativo de que la cuestión puede resolverse como de puro derecho o sólo con las constancias documentadas (Artículos 46, 106 RPA, 360 Código Procesal).

No debe tampoco omitirse que conforme con el denominado *principio de adquisición de la prueba*, realizada o producida una prueba, ella se adquiere para el proceso ya que aunque la proponga una de las partes puede beneficiar a la contraria y este criterio es predicable también respecto del procedimiento administrativo donde –como ha quedado dicho– la Administración pública está gobernada por el principio de oficialidad y de la mentada búsqueda de la verdad material u objetiva (conforme también lo dispone el Art. 48 del RPA).

Lo anteriormente expuesto reviste la mayor trascendencia en orden también a la admisión de la prueba pericial en el procedimiento administrativo. En efecto, el Artículo 54 del RPA establece, como regla general, que el órgano administrativo debe abstenerse por su parte de designar peritos, “salvo que resultare necesario designarlos para la debida sustanciación del procedimiento”.

Tal es la regla general dispuesta por la norma en este capítulo en términos que no dejan lugar a dudas: “*Los administrados podrán proponer la designación de peritos a su costa. La Administración se abstendrá de designar peritos por su parte, debiendo limitarse a recabar informes de sus agentes y oficinas técnicas y de terceros, salvo que resultare necesario designarlos para la debida sustanciación del procedimiento.*” (el destacado es propio). En el mismo acto de solicitud de esta prueba, el interesado debe proponer el cuestionario sobre el que versará dicha prueba (Art. 55 RPA) y de ese modo el órgano administrativo puede ejercer de mejor manera sus facultades acerca de la admisibilidad de este medio probatorio.

En primer lugar debe atenderse al hecho de que la disposición se encuentra relacionada con el Artículo 59 del RPA atinente a la prueba de confesión, pues si bien –como se ha expuesto– esta última se encuentra en principio vedada, se admi-

¹⁵ En contra de tal criterio se ha expresado De La Riva, Ignacio M., “La innecesariedad del reclamo administrativo previo en la acción de daños y perjuicios contra el Estado argentino”. En el libro *Derecho Procesal Administrativo* – Juan Carlos Cassagne – Director, en homenaje al profesor español Jesús González Pérez, p. 1203 y sigs., en especial p. 1225).

te la confesión voluntaria, que en el caso tiene las mismas consecuencias que la materializada en el proceso judicial de naturaleza civil por la expresa remisión que realiza la citada disposición y si bien los agentes públicos no pueden ser convocados en el procedimiento administrativo a rendir dicha prueba confesional, sin embargo el administrado puede citarlos como testigos, informantes o *peritos* (Cfr. Art. 59 RPA aludido).

El sentido de la prohibición es evitar que la Administración pública sufrague los costos de la labor de peritos teniendo a su alcance sus cuadros técnicos o profesionales¹⁶ y si bien el administrado puede ofrecerla cuando lo estime necesario afrontando el costo de su realización, no debe omitirse que es siempre el órgano administrativo quien decide acerca de la admisibilidad de los medios de prueba propuestos u ofrecidos y quien designa a los peritos y en ese sentido posee competencia para considerar dicha prueba innecesaria, superflua o dilatoria (Art.46 RPA).

Con todo, en situaciones excepcionales la primaria regla de la abstención a designar peritos por parte de la Administración pública debe ceder y será necesaria la participación de expertos para *la debida sustanciación del procedimiento*, tal como sucedería en el caso de que la prueba pericial deba ser realizada en una jurisdicción extraña a la del órgano administrativo o cuando ella deba recaer sobre cuestiones técnicas o científicas sobre los cuales la propia Administración pública o bien no posea los respectivos cuadros profesionales, técnicos o científicos o, aún contando con ellos, considere que no poseen la experiencia o formación suficiente. De nuevo no debe omitirse que rigiendo en este ámbito el *principio de adquisición* de la prueba antes señalado y de la búsqueda de la verdad material u objetiva, realizada dicha prueba pericial, ella se adquiere para el procedimiento.

Finalmente y en cuanto a la apreciación de la prueba rendida en las actuaciones administrativas, ella deberá ser valorada por el órgano administrativo –salvo disposición legal en contrario– de acuerdo con las reglas de la *sana crítica*. Así expresamente lo dispone el Artículo 62 del RPA que establece la aplicación directa del Artículo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Ha dicho a este respecto la más calificada doctrina que la *sana crítica* conforma un *estándar jurídico* cuya proyección abarca todos los medios de prueba y otros campos de la teoría de la prueba. “Las reglas de la *sana crítica* son un precioso *estándar* que abarca [...] todo el campo de la prueba. Su valor como tal radica en que consisten en una parte lo suficientemente precisa (las reglas de lógica formal) y en otra lo suficientemente plástica (las máximas o advertencias de la experiencia del juez) como para procurar la justicia de las situaciones particulares.”¹⁷

¹⁶ Gordillo, Agustín – Director – y Colaboradores, *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., p. 468.

¹⁷ Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, tercera edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979, p. 226.

IV. COLOFÓN

El empleo de ese *estándar jurídico* en el campo probatorio debe ser llevado a cabo por el órgano administrativo quien tiene el deber de privilegiar la búsqueda de la verdad material u objetiva por sobre la verdad formal y ese deber se traduce en la eficaz utilización de las herramientas que la ley pone a su alcance para ejercer su competencia y garantizar –en su ámbito de actuación– la efectiva vigencia del principio adoptado por nuestro sistema jurídico superior –y por lo tanto jurídicamente exigible– de la tutela judicial y administrativa efectiva y no escudarse en disposiciones anacrónicas y carentes de sentido y vigencia actuales tal como sucede con el Decreto N° 28.211/1944, disposición que como resabio de una Administración pública autoritaria aún es muchas veces invocada para no cumplir con el deber constitucional de resolver los planteos que los particulares, en el ejercicio de su derecho constitucional de peticionar ante las autoridades, realizan ante la Administración pública.