TOMO II

DERECHO ADMINISTRATIVO

JUAN CARLOS CASSAGNE

SÉPTIMA EDICIÓN ACTUALIZADA

LexisNexis™
Abeledo-Perrot

DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO II

DERECHO ADMINISTRATIVO

JUAN CARLOS CASSAGNE

SÉPTIMA EDICIÓN ACTUALIZADA

LexisNexis™
Abeledo-Perrot
BUENOS AIRES

342 Cassagne, Juan Carlos
CAS Derecho administración - 7ª ed.- Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2002.
v. 2688 p. ; 23x16 cm.

ISBN 950-20-1446-4

I. Titulo- 1. Derecho Adminitrativo

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT
LexisNexis Argentina S.A.
Lavalle 1280 - (C1048AAF) - Buenos Aires – Argentina
Tel. (54-11) 5382-8802 – info@lexisnexis.com.ar
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-20-1446-4

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2°, 9°, 10, 71, 72, ley 11.723).

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA
Se terminó de imprimir el día 30 de julio de 2002
en Encuadernación Latino América S.R.L, Zeballos 885,
Avellaneda,Pcia. de Buenos Aires
Tirada: 1.500 ejemplares

TÍTULO CUARTO

CONFIGURACIÓN DE LA ACTUACIÓN ESTATAL REGULADA POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO I

CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS LEGISLATIVO Y JUDICIAL

SUMARIO

1. Las funciones o actividades del Estado y los actos que emite la Administración.
2. Condición y forma jurídica de los distintos actos que regula el Derecho Administrativo emanados de entes y órganos públicos estatales.
3. El régimen exorbitante como nota peculiar del Derecho Público.
4. Contenido del régimen exorbitante: las prerrogativas de la Administración.
    A) La creación unilateral de deberes y vínculos obligacionales.
    B) La presunción de validez o legitimidad de los actos administrativos.
    C) El principio de la ejecutoriedad.
    D) Prerrogativas relacionadas con la ejecución de los contratos administrativos.
    E) Prerrogativas procesales.
5. La distinción entre régimen exorbitante y cláusula exorbitante.
6. Continuación. Las garantías del administrado.
    A) Garantías sustantivas.
        a) La garantía de la igualdad.
        b) El principio de legalidad.
        c) La garantía de razonabilidad o justicia.
        d) Concepto amplio de legitimidad.
        e) La garantía de la propiedad frente a los actos de los poderes públicos.

B) Garantías adjetivas.
   a) El informalismo a favor del administrado.
   b) El debido proceso adjetivo.
      1) Derecho a ser oído.
      2) Derecho a ofrecer y producir pruebas.
      3) Derecho a una decisión fundada.

CAPÍTULO I

CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS LEGISLATIVO Y JUDICIAL

1. LAS FUNCIONES O ACTIVIDADES DEL ESTADO Y LOS ACTOS QUE EMITE LA ADMINISTRACIÓN

La actuación de la Administración se realiza a través de actos o hechos que traducen el ejercicio o realización de actividades de diversa índole en punto a su esencia o sustancia material.

Por su propia naturaleza, la Administración Pública desarrolla una actividad material y objetivamente administrativa, de alcance individual y concreta, tendiente a satisfacer, en forma inmediata, las necesidades de bien común o de interés público, cuya concreción resulta indispensable en toda comunidad jurídicamente organizada. Tal es su actividad predominante.

Pero junto a la anterior (y quizá, hoy día, con el mismo grado de extensión) la Administración Pública desarrolla una función que, aun cuando no le ha sido adjudicada en forma predominante ni exclusiva, coadyuva y hace posible la realización de la función administrativa. Trátase de aquella porción de actividad materialmente legislativa que realiza la Administración Pública mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria que le es inherente.

Dentro del conjunto de funciones o actividades públicas, aunque de una manera más limitada y restringida, ella participa también en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, resolviendo controversias o conflictos por medio de actos que, en ciertas circunstancias y bajo determinadas condiciones, se asemejan, por su régimen jurídico y efectos, a los típicos actos que expresan el ejercicio de la función de juzgar, cuya competencia constitucional ha sido adjudica-

da al órgano judicial (arts. 109, 116 y 117 de la Const. Nac.). Esta característica de nuestra realidad constitucional se ha consolidado tras la reforma de 1994, con la aparición de los entes reguladores a los que los respectivos marcos legales les han atribuido una limitada potestad jurisdiccional.

Lo que cuenta es que administrar, legislar y juzgar son tres modos de actuación en el campo del Derecho Público, que expresan el poder estatal a través de diferentes tipos de actos sometidos a regímenes jurídicos diversos. Su estudio se efectuará, en este título, en forma separada, diferenciando a su vez esas funciones de la actividad gubernativa superior que se traduce en la emisión de los llamados "actos institucionales".

Vinculado a nuevas concepciones y, sobre todo, realidades que planteó la problemática de la actuación estatal, no puede desconocerse el fenómeno de la asunción por el Estado de actividades reservadas a la iniciativa particular, y que éste asumió como propias, tanto en la prosecución de un estatismo absurdo, como en un intervencionismo basado en la aplicación del principio de la suplencia, bajo formas institucionales privadas y con regímenes jurídicos típicos del Derecho Civil o Mercantil.

En su momento, lo novedoso de esta clase de actuación y el régimen jurídico atípico del control que, como extensión del concepto de tutela, poseía sobre los actos de estas entidades la Administración Pública, provocó que algunos autores hayan sustentado una concepción unitaria para todos los actos de la Administración, cuyo criterio central sería, en el fondo, subjetivo u orgánico, sin atender a la sustancia ni al régimen jurídico de cada especie.

La importancia de esta actividad que desarrolló el Estado fue tal que, en la doctrina española, hubo quienes propugnaron el reconocimiento de una nueva categoría que se añadiría a la dinámica clásica (policía, fomento y servicio público) bajo el nombre de gestión económica [1].

¿Importaba ello que la actividad de esas entidades estatales se ubique en alguna de las tres clásicas funciones del Estado? [2]

Pensamos que no. La actuación de entidades de propiedad del Estado o poseídas por él [3] bajo formas jurídicas privadas, no obstante

[1] VILLAR PALASI, José L., "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", en RAP, nro 3, pág. 63.

[2] REIRIZ, María G., en el comentario que nos hiciera al t. I de esta obra, RADA, nro. 13, pág. 97, Buenos Aires, 1976.

[3] Expresión que pertenece a GARRIDO FALLA, "Las empresas públicas", en el libro *La Administración Pública y el Derecho Contemporáneo*, pág. 140, Madrid, 1961.

las derogaciones o excepciones al régimen ordinario que puedan estatuirse por normas públicas o privadas, no conduce necesariamente a que la actuación de estas entidades privadas se rija, en lo atinente al régimen de los actos que ellas celebran, por el Derecho Administrativo, sin perjuicio de su aplicación extensiva por imperio de la ley o del respectivo régimen jurídico.

Obsérvese que ni siquiera se estaría en el ámbito de la teoría de los llamados actos mixtos o de objeto privado emanados de entidades públicas estatales, donde el régimen jurídico se presenta entremezclado, sino frente a actividades reguladas, en principio, enteramente por el Derecho Civil o Mercantil.

En cambio, el régimen que regula los actos vinculados al ejercicio de las tres funciones estatales traduce la actuación del Estado en el campo del Derecho Público, con un régimen exorbitante común, derivado de la propia naturaleza de la actividad, donde la finalidad de bien común o interés público se persigue en forma directa o inmediata.

Acontece así que el Estado puede llevar a cabo, en virtud del principio de subsidiariedad —con carácter excepcional—, actividades industriales o comerciales, en las que la satisfacción del interés o bien común se logra de un modo mediato e indirecto. Es por tal causa que estas relaciones se apoyan, en lo esencial, en un fundamento típico de la justicia conmutativa, en cuanto tienden a establecer una relación de igualdad o proporción conforme al valor de las cosas objeto del intercambio entre las prestaciones de ambas partes en la relación jurídica, a pesar del fin mediato de bien común que esa actividad estatal persigue.

En definitiva, el Estado, al emitir diferentes especies de actos puede actuar indistintamente bajo formas públicas o privadas. Si opta por lo primero, que es el cauce propio y natural, sus actos serán, en principio, de Derecho Público, aunque puede también celebrar actos de objeto privado o de régimen jurídico mixto, en la medida en que lo admita el ordenamiento. Si, en cambio, asume la condición de una persona jurídica privada, sus actos, en principio, se hallarán sometidos enteramente al Derecho Civil o Mercantil, encuadrándose en el régimen ordinario del llamado derecho común, salvo las derogaciones que a texto expreso introduzcan normas públicas o privadas o las que deriven del régimen exorbitante aplicable a las relaciones jurídicas. Tanto en este último supuesto, como en el de los llamados actos mixtos o de objeto privado, el Estado no actúa en la

función o actividad administrativa (en el campo del Derecho Público) sino que desenvuelve una actividad regulada por el Derecho Privado [4].

2. CONDICIÓN Y FORMA JURÍDICA DE LOS DISTINTOS ACTOS QUE REGULA EL DERECHO ADMINISTRATIVO EMANADOS DE ENTES Y ÓRGANOS PÚBLICOS ESTATALES

El Derecho Público (Administrativo en la especie) regula una serie peculiar y diferenciada de actos emitidos por entidades y órganos estatales, que traducen variados comportamientos materiales en el mundo jurídico.

En el ámbito del Poder Ejecutivo la función administrativa se singulariza en actos internos e interorgánicos, actos intersubjetivos o interadministrativos, y fundamentalmente, en el género acto administrativo, cuyas especies más significativas son el acto administrativo unilateral y el contrato administrativo. Pero, conforme al criterio que sustentamos, las categorías jurídicas aludidas no se agotan en el Poder Ejecutivo (criterio orgánico o subjetivo) sino que aparecen también en la función materialmente administrativa que desarrollan los restantes poderes u órganos del Estado (criterio objetivo o material) [5].

La función o actividad legislativa, en sentido material, se expresa tanto a través de reglamentos (con efectos externos sobre los administrados) como respecto de actos internos o interorgánicos. Ambas figuras integran el contenido del Derecho Administrativo y la peculiaridad de su régimen jurídico, muy parecido en el caso de los reglamentos al de las leyes, conduce a escindirlas del estudio de la teoría de los actos concretos y singulares (actos administrativos).

Determinar la condición o naturaleza de cada acto de los órganos estatales es, pues, esencial, ya que tal determinación conlleva el régimen jurídico peculiar que rige la institución o categoría jurídica. Se trata de un perfecto silogismo: la función basada en un criterio objetivo y finalístico determina la condición o naturaleza jurídica del acto, el cual se rige, a su vez, por el régimen jurídico propio y peculiar,

4 BREWER CARÍAS, Allan R., "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho", RADA, nro. 17, pág. 15.

5 CNac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 2-VI-1992, *in re* "González, Claudio Luis c/ Estado Nacional —Honorable Senado de la Nación— s/ juicio de conocimiento". En el mismo, la Cámara sostuvo la aplicabilidad del régimen de la ley 19.549 a actos administrativos de alcance particular emanados del presidente del Senado.

fundado precisamente en los requerimientos inherentes a la actividad estatal que en el caso disciplina.

Algo similar acontece con los restantes actos que emite la Administración Pública, particularmente con los actos de sustancia o naturaleza jurisdiccional, los cuales poseen un régimen diverso al que es propio del acto administrativo, el cual se caracteriza fundamentalmente por la atenuación o supresión de los principios de jerarquía y de la cosa juzgada formal.

En cuanto a los actos de objeto privado provenientes de entidades u órganos estatales, ellos constituyen la demostración más acabada de la dificultad para establecer límites precisos entre los derechos Público y Privado. Su régimen jurídico es, por tanto, el resultado de una mixtura de ambos derechos, donde algún elemento siempre estará regido por el Derecho Administrativo (v.gr., la competencia), mientras que los otros elementos (el objeto, principalmente) se regulan por el Derecho Civil o Comercial.

La expresión formal que asumen esos diversos actos emitidos por entes y órganos públicos estatales no debe inducirnos a error acerca de su verdadera condición o sustancia jurídica. Puede acontecer que dos actos revistan una misma forma de "decreto" o de "resolución" y que técnicamente constituyan categorías jurídicas diferentes. Así, mientras un decreto del Poder Ejecutivo, de alcance particular y concreto, configura jurídicamente un "acto administrativo", otro emanado del mismo órgano puede regular situaciones abstractas, impersonales y objetivas, a través de normas generales y obligatorias revistiendo la condición jurídica de un "reglamento". La distinción es esencial, ya que, como se verá luego, el régimen jurídico de uno y otro acto acusa marcadas diferencias.

A su vez, también difiere el régimen jurídico de los actos administrativos (emanados siempre de órganos estatales) correspondiente a los actos de las personas públicas no estatales los cuales, si bien pueden regularse excepcionalmente o por extensión por el Derecho Público (v.gr., en materia de fiscalización o contralor del ejercicio de poderes exorbitantes) no configuran, en principio, actos administrativos.

La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha orientado en tal sentido al sostener que los actos de una "entidad de Derecho Público no estatal no son administrativos"... "máxime cuando tienen por objeto el establecimiento de vínculos contractuales con particulares" [6].

[6] *In re* "Farmacia Rocca c/ Instituto Nacional de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados s/ contencioso-administrativo", resuelto el 28-II-1989, *Régimen de la Administración Pública*, nro. 137, pág. 329; *vide* también en igual sentido, *Fallos*, 307:2199.

3. EL RÉGIMEN EXORBITANTE COMO NOTA PECULIAR DEL DERECHO PÚBLICO

El sistema del Derecho Público contiene, como rasgo típico, una compleja gama de poderes o potestades jurídicas administrativas [7] que integran el denominado régimen exorbitante del Derecho Privado.

Esa idea sobre el régimen exorbitante, típico del Derecho Público, históricamente conectada con la concepción continental del *régime administratif* elaborada por la doctrina francesa [8], resulta opuesta a la imperante en un tiempo en los países anglosajones [9], donde la Administración carece, en principio, de prerrogativas de poder público aunque, en la práctica, el sistema de sanciones por incumplimiento de las decisiones legítimas de los órganos administrativos funciona como un sucedáneo de los poderes que la Administración posee en los países de Europa continental [10].

Es curioso observar, por otra parte, que mientras nuestro modelo constitucional se ubica en la línea judicialista que adopta la Constitución de Estados Unidos de América, las instituciones vernáculas del Derecho Administrativo han seguido las aguas de la doctrina continental europea. Sin embargo, no debe verse en ello contradicción alguna dada la existencia de países con régimen judicialista, en los que la Administración tiene atribuidas potestades propias del sistema exorbitante, impuesto por la naturaleza de sus costumbres y tradiciones históricas [11].

¿Qué configura el régimen exorbitante? Tal expresión constituye un término convencional, un valor entendido sólo utilizable en sentido técnico por cuanto, en realidad, no puede sostenerse que el

7 Ver MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 603 y sigs., Buenos Aires, 1977; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 277, Madrid, 1974.

8 LAUBADÈRE, André de, *Traité Elémentaire de Droit Administratif*, t. I, págs. 28-29, Paris, 1970.

9 WADE, H. W. R., *Derecho Administrativo*, traducción del inglés, pág. 3 y sigs., Madrid, 1971, donde el autor destaca el abandono de la concepción original, según la cual eran los jueces y la ley común quienes decidían los conflictos entre la Administración y el administrado. Hoy día se habla en Inglaterra de un verdadero "Derecho Administrativo", en un proceso de profunda crisis del *rule of law*.

10 Idea que expusimos en "La ejecutoriedad del acto administrativo", en *Acto y Procedimiento Administrativo*, pág. 74, Buenos Aires, 1970.

11 MARTINS, Daniel H., *Objeto, contenido y método del Derecho Administrativo en la concepción integral del mundo del derecho*, pág. 325, Montevideo, 2000, indica como una de las coincidencias mayoritarias de la doctrina la aceptación de que el ordenamiento administrativo es exorbitante del Derecho Privado.

Derecho Administrativo se encuentre en una situación de exorbitancia respecto del Derecho Privado. En todo caso, el Derecho Público regula contenidos que le atañen exclusivamente, que no entran en conflicto con el sistema del Derecho Privado. El origen de la expresión es probable que obedezca a la circunstancia de que el Derecho Privado se aplicaba, en los comienzos de este proceso, en forma residual y directa, a un Derecho Administrativo escasamente desarrollado, pero el concepto adquiere un nuevo sentido a partir de los sistemas que reconocen la existencia de prerrogativas de poder público a favor de la Administración.

De ese modo, el Derecho Público como categoría histórica determina la configuración de un régimen administrativo como característica peculiar, siendo el efecto y no la causa cualificante de la naturaleza pública o privada del ordenamiento jurídico. Esa peculiaridad no obsta, empero, a la existencia de instituciones y normas administrativas donde el instrumento utilizado no es la prerrogativa excepcional del ente público ni una técnica de coacción sino una competencia ampliatoria de la esfera de los derechos de los administrados, tal como ocurre en materia de fomento [12].

El contenido del régimen exorbitante, restringido por la doctrina clásica a la prerrogativa del poder público, incluye no sólo las potestades que reflejan el *imperium* estatal sino aquellos otros poderes que configuran las garantías que el Derecho Público consagra a favor de los particulares [13]. Y esta ecuación o equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y las garantías de los administrados es la base fundamental de la armonía y justicia del sistema administrativo.

Puede sostenerse que el régimen exorbitante constituye el aspecto normológico que se funda en los requerimientos de las dos especies de justicia, legal o general y distributiva (particular), según que lo debido sea requerido, o impuesto por la comunidad a sus inte-

12 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 263 y sigs., Madrid, 1966.

13 En un trabajo anterior, Barra había sostenido —con acierto— que existía una suerte de ambivalencia inherente al régimen exorbitante, la cual se manifestaba en la generación de derechos y obligaciones entre las dos partes de la relación (cfr. BARRA, Rodolfo C., "La intangibilidad de la remuneración del contratista particular en los contratos administrativos", ED, t. 62, pág. 731). Dicha postura fue desarrollada posteriormente con sólida fundamentación por dicho jurista (cfr. BARRA, Rodolfo C., *Principios de Derecho Administrativo*, pág. 152 y sigs., Buenos Aires, 1980).

grantes (justicia legal o general), o se trate de la distribución del bien común a favor de las partes (individuos) de la comunidad (justicia distributiva) [14].

En ambos supuestos, como el bien común constituye el fin del Estado y el beneficiario del mismo es el sujeto particular componente de la comunidad mediante la distribución que de él se hace [15], el régimen exorbitante sólo se concibe, en definitiva, al servicio de ese fin de bien común, a través del cual se alcanza el bien individual.

Mientras la figura de la prerrogativa se fundamenta en los requerimientos del bien común, porque las exigencias de la comunidad (justicia legal o general) se basan en la idea de servicio para satisfacer en forma directa el bien de cada uno de los componentes, la presencia de las garantías tiende a asegurar la realización del bien común mediante el reconocimiento de la posición que los individuos tienen en el seno de la comunidad, dando participación a cada uno de ellos en la distribución del bien común. Se opera, en este caso, la satisfacción inmediata del bien de un integrante de la comunidad a través de dicha distribución. El hecho de que no se distribuyan sólo bienes materiales o tangibles sino garantías, no cambia la naturaleza del acto de distribución ni el carácter común que el bien posee [16].

4. CONTENIDO DEL RÉGIMEN EXORBITANTE: LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

La prerrogativa, como figura o institución jurídica, pertenece a la categoría de las potestades o poderes (en sentido estricto), cuya concepción pertenece, fundamentalmente, a la doctrina italiana [17].

Pero si bien toda prerrogativa es, en definitiva, una potestad, lo inverso no siempre acontece, habida cuenta de la existencia de potes-

14 CASARES, Tomás D., *La Justicia y el Derecho*, pág. 36 y sigs., 3ª ed., Buenos Aires, 1974.

15 Sobre el bien común como causal final del Estado nos remitimos a lo expuesto en el t. I, págs. 22-24.

16 PIEPER, Josef, *Justicia y Fortaleza*, pág. 119 y sigs., Madrid, 1968; MASSINI, Carlos I., "Notas acerca de la concepción realista del Derecho", separata nro. 125 de la revista *Sapiencia* al concebir al Derecho como un determinado obrar del hombre ordenado al bien común, agrega lo siguiente: *"Ordenación esta última que puede tener carácter inmediato, como en los casos de justicia general, o mediato, a través del bien personal, en los casos de justicia particular"* (*op. cit.*, págs. 244-245).

17 ROMANO, Santi, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, pág. 297 y sigs., trad. del italiano, Buenos Aires, 1964.

tades regidas por el Derecho Privado (v.gr. patria potestad, etc.). La prerrogativa es la potestad pública caracterizada por el *imperium* estatal [18].

La prerrogativa se ubica en un plano superior a la relación jurídica singular siendo un poder abstracto general e irrenunciable, cuyo fundamento emana del ordenamiento jurídico del Estado. No hay que confundir, entonces, la prerrogativa con el acto de su ejercicio respecto a una relación jurídica determinada o individualizada, porque ella no es un elemento de la relación, como es el derecho subjetivo o el interés legítimo.

Del hecho de que la prerrogativa sea en sí misma irrenunciable [19] no se deriva necesariamente que el Estado no pueda celebrar un compromiso acerca del modo en que ella será ejercida [20].

Así como de la circunstancia de encontrarse por encima de la relación jurídica no se desprende que tenga como contrapartida una obligación del administrado sino una situación de sujeción de parte de éste a soportar su ejercicio, no habiendo propiamente frente a ella "un sujeto obligado sino una situación pasiva de inercia" [21].

Las principales prerrogativas [22], cuya unificación se ha intentado realizar a través de su encuadre en el principio de autotutela, sin agotar su enumeración, son:

A) La creación unilateral de deberes y vínculos obligacionales

A diferencia de lo que acontece en el Derecho Privado, una de las partes de la relación jurídica administrativa posee la facultad de

18 El significado convencional que asignamos en el texto no contradice mayormente su sentido lingüístico. En el Diccionario de la Real Academia se la define como la "facultad importante de algunos de los poderes supremos del Estado, en orden a su ejercicio o a las relaciones con los demás poderes de clase semejante".

19 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 604, 2ª ed., Buenos Aires, 1977.

20 ROMANO, Santi, *op. cit.*, pág. 342, ya que en tal supuesto no hay renuncia sino ejercicio de la prerrogativa.

21 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. I, pág. 278, con cita de Giannini, donde puntualizan (al referirse a la potestad) que "esa sujeción puede ser para esos sujetos ventajosa (si del ejercicio de la potestad deriva para ellos un beneficio) o desventajosa (si de la potestad surge para ellos un gravamen); sería la sujeción *stricto sensu* o por excelencia o indiferente (si no llega a afectar a su esfera jurídica) pero en ningún caso implicará un deber o una obligación, los cuales podrán surgir eventualmente de la relación jurídica que el ejercicio de la potestad es capaz de crear, pero no del simple sometimiento a la potestad misma".

22 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. I, pág. 200.

crear unilateralmente vínculos obligacionales y deberes a cargo de los administrados, que se constituyen en deudores u obligados de las respectivas prestaciones. Esta prerrogativa, que se funda en la presunción de legitimidad, se conecta con el llamado *privilège du préalable* por cuyo mérito la Administración resuelve de manera previa a la decisión judicial [23] dando nacimiento al deber u obligación del administrado. Su ejercicio requiere siempre de una norma atributiva de la potestad y de la competencia necesaria para la actuación del órgano o ente administrativo.

B) La presunción de validez o legitimidad de los actos administrativos

Trátase de una presunción provisional de los actos estatales, que acompaña las funciones y poderes que la norma fundamental asigna a los órganos que componen la estructura constitucional del Estado, para realizar en forma eficaz las funciones públicas que debe satisfacer en la prosecución del bien común cuya administración le corresponde. Supone que el respectivo acto dictado por un órgano estatal se ha emitido de conformidad al ordenamiento jurídico [24] y en ella se basa el deber u obligación del administrado de cumplir el acto [25].

De no existir tal principio, toda la actividad estatal podría ser cuestionada con la posibilidad de justificar la desobediencia como regla normal en el cumplimiento de los actos administrativos, obstaculizando el cumplimiento de los fines públicos como consecuencia de anteponer el interés individual y privado al interés de la comunidad [26], sin atender a la preponderancia que aquéllos representan [27] como causa final del Estado.

23 RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, pág. 88 y sigs., Paris, 1977, quien ha sostenido que se trata de la creación por vía unilateral de una nueva situación jurídica que tiene a su favor una presunción de conformidad al derecho; ver también, LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, pág. 282 y sigs.

24 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 368-369, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966.

25 CASSAGNE, Juan C., *El acto administrativo*, 2ª ed., pág. 328, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.

26 Aunque el beneficiario, en definitiva, de ese sacrificio individual en aras del interés colectivo deba ser siempre el hombre.

27 CRETELLA JUNIOR, José, "Principios fundamentales del Derecho Administrativo", en *Estudios en homenaje al Profesor López Rodó*, t. I, págs. 52-53, Madrid, 1972.

C) El principio de la ejecutoriedad

Es un típico privilegio "hacia afuera" [28] que habilita a los órganos que ejercen la función materialmente administrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial, apelando excepcionalmente al uso de la coacción dentro de los límites dispuestos por el ordenamiento jurídico [29].

Constituye una prerrogativa propia de la función administrativa, encontrándose atribuida, en el orden nacional, en el art. 12 de la LNPA, el cual si bien emplea la expresión "fuerza ejecutoria" [30], es indudable que consagra el principio conocido en la doctrina italiana [31] y un sector de la española [32] y argentina [33] bajo el nombre de "ejecutoriedad" del acto administrativo.

El principio de la ejecutoriedad admite dos subespecies importantes: a) la que se opera en sede administrativa por su propia virtualidad o por disposición de una norma sin apelar al uso de la coacción y b) la facultad de ejecutar en forma coactiva el acto por parte de los órganos que ejercen la función materialmente administrativa [34], debiendo advertirse que esta prerrogativa es, en principio, excepcional en nuestro ordenamiento constitucional en virtud de que la ejecución coactiva de un acto en la persona o bienes del administrado integra el contenido de la función que la Constitución atribuye a los jueces, configurando un sistema material a favor del administrado [35].

28 GARCÍA TREVIJANO FOS, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 52-53, Madrid, 1972.

29 Nos remitimos a lo expuesto en *La ejecutoriedad del acto administrativo*, pág. 21 y sigs., Buenos Aires, 1971.

30 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 89 y sigs., 6ª ed., Buenos Aires, 1964-1966.

31 ALESSI, Renato, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, pág. 206, Milán, 1958; SANDULLI, Aldo M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, pág. 355, 10ª ed., Napoli, 1970· GIANNINI, Massimo S., *Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 590, Milán, 1970, denomina a esta prerrogativa "autotutela"; VITTA, Cino, *Diritto amministrativo*, t. I, pág. 439 y sigs., Torino, 1962; ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 373-374, Buenos Aires, 1954.

32 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 533 y sigs.

33 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 374 y sigs.; ESCOLA, Héctor J., *Tratado general de procedimiento administrativo*, pág. 66 y sigs., Buenos Aires, 1973; FIORINI, Bartolomé A., *Teoría jurídica del acto administrativo*, pág. 139 y sigs.; CASSAGNE, Juan C., *La ejecutoriedad del acto administrativo*, pág. 41 y sigs.

34 Ver y ampliar: CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, págs. 340-341, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.

35 BREWER CARÍAS, Allan R., *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, págs. 132-133, Caracas, 1964; GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho*, págs. 520 y 537, Buenos Aires, 1967.

D) Prerrogativas relacionadas con la ejecución de los contratos administrativos

Su estudio concierne a la teoría general del contrato administrativo, pudiéndose mencionar a título de ejemplo, las relativas a: 1) la dirección y control que la Administración ejerce en el cumplimiento del contrato; 2) la modificación unilateral o *potestas variandi*; 3) la potestad sancionatoria; 4) la ejecución directa del contrato, etc. Como regla general estas prerrogativas no pueden configurarse en forma implícita pudiendo surgir tanto del ordenamiento como de las cláusulas contractuales.

E) Prerrogativas procesales

La mayor parte de estas prerrogativas que configuran un régimen procesal privilegiado, integran el bloque de privilegios "hacia adentro" [36] que se han erigido en atención a la consideración que merece el sujeto actuante (Administración Pública en su aspecto subjetivo) teniendo en cuenta la finalidad de bien común que ella persigue. En nuestro derecho pueden encuadrarse en esta categoría la reclamación administrativa previa que prescribe el art. 30 de la LNPA [37] y el principio del efecto declarativo que alcanzaba a las sentencias dictadas contra el Estado y sus entidades descentralizadas [38] antes de la sanción de las leyes 23.982 y 24.624 [39].

36 GARCÍA TREVIJANO FOS, José A., *op. cit.*, pág. 398.

37 Esta opinión la expresamos con anterioridad respecto a la ley 3952; véase *La ejecutoriedad del acto administrativo*, pág. 30.

38 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que si bien la norma del art. 7° de la ley 3952 debe reputarse razonable, en cuanto persigue el propósito de evitar que la Administración Pública sea colocada, por efecto de un mandato judicial perentorio, en situación de no poder satisfacer el requerimiento por no tener fondos previstos en el presupuesto para tal fin o en la de perturbar la marcha de la Administración Pública, ello en modo alguno significa una especie de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales (*Fallos*, 253:312). En la evolución interpretativa del art. 7° de dicha ley llegó a sustentar la procedencia de una intimación al Estado Nacional a efectos que estime el plazo en que razonablemente cumplirá la sentencia, término que será fijado por el juez en caso de silencio de la Administración sin descartar la ulterior intervención judicial para disponer la ejecución de la sentencia (*Fallos*, 265:291; 269:448 y sigs.).

39 En la actualidad, el principio del efecto declarativo de las sentencias dictadas contra el Estado sólo rige para las deudas consolidadas por las leyes 23.982 y 25.344, porque el sistema instituido para el cobro de créditos judiciales contra el Estado parte del principio de la ejecutabilidad, si bien la subordina al cumplimiento de trámites vinculados con la inclusión de la partida correspondiente en el presupuesto nacional (art. 22, ley 23.982 y arts. 20 y 59 de la ley 24.624). Tal es el criterio dominante en la doctrina y juris-

En cambio, una típica prerrogativa procesal "hacia afuera" está dada por la facultad de desencadenar el proceso de lesividad, cuando el vicio fuera imputable a la Administración y mediare culpa de ésta, pues allí se consagra una excepción privilegiada al régimen ordinario, incluso de fondo, al admitir la alegación procesal de la propia torpeza.

5. LA DISTINCIÓN ENTRE RÉGIMEN EXORBITANTE Y CLÁUSULA EXORBITANTE

Con especial aplicación al ámbito del contrato administrativo la doctrina y jurisprudencia francesas han elaborado la noción de cláusula exorbitante [40] admitiendo la existencia de cláusulas de ese tipo implícitas o virtuales en la contratación administrativa.

¿Qué relación o similitud existe entre una cláusula exorbitante y el régimen de esa especie? Ateniéndonos a la concepción antes expuesta el régimen exorbitante, propio del Derecho Público, se encuentra por encima de la cláusula de la especie, constituyendo un orden jurídico general, que, por lo demás, incluye tanto prerrogativas como garantías. En cambio, la cláusula exorbitante al provenir de un pacto, de un orden singular, trasunta la imposición concreta de una determinada conducta u obligación por parte de la Administración. Por esa causa, no existen las llamadas "cláusulas exorbitantes implícitas" en los contratos administrativos [41]. Lo que sí existe son las prerrogativas de poder público que posee la Administración Pública, derivadas del ordenamiento general que constituye el régimen administrativo.

¿Qué acontece si las cláusulas exorbitantes resultan predispuestas unilateralmente por la Administración? En nuestra opinión,

---

prudencia, véase: ABERASTURY, Pedro (h), *Consolidación de deudas contra el Estado*, págs. 134-135, Buenos Aires, 1993; URRUTIGOITY, Javier, "Régimen de ejecución de sentencias contra el Estado", en *Estudios de Derecho Administrativo III*, pág. 60 y sigs., Mendoza, 2000.

40 RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, pág. 116, Paris, 1977; WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, pág. 572, Paris, 1963; LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, págs. 91-93; BENOIT, Francis Paul, *Le Droit Administratif Français*, pág. 598 y sigs., Toulouse, 1968; VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, pág. 207, Paris, 1968.

41 Ver CASSAGNE, Juan C., "Los contratos de la Administración Pública. Distintas categorías y regímenes jurídicos", ED, t. 57, pág. 793, y en la RAP, nro. 78, pág. 411, Madrid, 1975. Allí insinuamos de algún modo la postura sostenida en el texto al precisar que debe distinguirse el régimen exorbitante de la llamada "cláusula exorbitante", la cual depende de la voluntad de las partes, mientras que el régimen existe con independencia de la voluntad común expresada en el contrato.

ello no quita carácter contractual al acto por el cual el particular se adhiere a esas cláusulas o las acepta. Pero si tales condiciones son generales, la distinción entre cláusula y régimen exorbitante no se perfila con nitidez. Con todo hay que advertir que el hecho de que se pacte o acepte el reconocimiento de una prerrogativa (aun a través de la aceptación de una condición general predispuesta unilateralmente) no es nada más que un exceso formal, pues si la respectiva potestad integra el ordenamiento jurídico general, ella será siempre ejercitable, aun si no hubiera pacto expreso o condición general predispuesta.

Si bien la jurisprudencia de la Corte no ha recogido esta distinción en forma nítida, considera que para calificar un contrato administrativo hay que tener en cuenta, aparte de las cláusulas contractuales, el régimen propio de Derecho Público incorporado al Reglamento de Contrataciones o al pliego de condiciones generales que sirvió de base a la licitación (CS, 24-VII-1984, "Talleres Carmona SCA c/ EFA"; CS, 31-VII-1984, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Basso, Manuel J.").

6. CONTINUACIÓN. LAS GARANTÍAS DEL ADMINISTRADO

El equilibrio que debe presidir las situaciones subjetivas (activas y pasivas) que vinculan recíprocamente a la Administración Pública con el administrado requiere que, junto a la prerrogativa estatal, se configure un justo y sólido sistema de garantías que compensen de algún modo las situaciones de sujeción en que se halla el administrado frente a las potestades públicas.

La garantía conforma un mecanismo que hace a la seguridad jurídica del administrado [42] y constituye, en su esencia, una potestad general abstracta e irrenunciable cuyo ejercicio deviene en un derecho subjetivo o interés legítimo en la relación singular que se entable entre el Estado (*lato sensu*) y los sujetos privados. Su fundamento es, como ya lo expresamos, la realización de la justicia distributiva en cuanto ella asegura y permite realizar la distribución del bien común (libertad, propiedad, igualdad, etc.) entre los administrados en las relaciones jurídicas que los ligan con la Administración.

Sin embargo, del hecho de que no pueda renunciarse genéricamente a una garantía no se deriva necesariamente la imposibilidad

42 Sobre la posibilidad de que los administrados ejerciten potestades frente a la Administración. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 29, Madrid, 1977.

de renunciar al derecho que comporta el ejercicio de la misma [43], en tanto se trate de una renuncia que no afecte el orden público.

Al analizarse las garantías del administrado es posible sistematizarlas según contemplen regulaciones sustantivas o adjetivas.

A) Garantías sustantivas

Emanan de la Constitución y hacen a la protección de los derechos fundamentales del administrado, siendo recogidas por el Derecho Administrativo sustantivo o de fondo en virtud de su relación de dependencia respecto del ordenamiento constitucional. Excepcionalmente, se desarrollan por vía legislativa pero, aun en tal caso, poseen basamento constitucional.

La proyección de esas garantías al ámbito de las relaciones entre Administración Pública y administrados es materia concerniente al Derecho Administrativo, en cada una de cuyas instituciones tienen un desarrollo propio, vinculándose, no obstante, estrictamente entre sí y con los principios fundamentales de la disciplina.

a) La garantía de la igualdad

Se trata de un principio que encuentra su causa en los requerimientos de la justicia distributiva y el mismo no consiste en una igualdad de tipo aritmético sino proporcional a la condición en que cada sujeto se halla frente al bien común susceptible de reparto.

El principio de la igualdad tiene arraigo constitucional en nuestro derecho (art. 16, Const. Nac.) recogiéndose en el sistema jurídico regulatorio de importantes sectores de nuestra disciplina (v.gr. selección de contratistas, creación y aplicación de tributos, acceso a la función pública, etc.).

Una proyección del principio de igualdad en el Derecho Administrativo aparece en materia reglamentaria, por la exigencia de la publicación obligatoria de los reglamentos como condición previa de su aplicación [44] principio que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos prescribe en su formulación [45].

[43] ROMANO, Santi, *op. cit.*, pág. 342.

[44] RIVERO, Jean, *op. cit.*, págs. 92-93. La doctrina nacional había reconocido también el principio: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 339-340, y lo propio había hecho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos*, 191:142 y sigs.).

[45] LNPA, art. 11. Al respecto, mantenemos nuestra opinión en el sentido de que la última parte de esta norma —que permite a los administrados solicitar la aplicación de un reglamento antes de su publicación cuando no se causa perjuicio a terceros—, resulta in-

La idea de igualdad posee siempre carácter relativo. La igualdad absoluta es contraria a la naturaleza de las cosas, al orden creado y, en suma, el desconocer las diferencias propias del orden social o de las cosas, deviene en injusticias [46]. En el orden de la realidad este principio gobierna el reparto que llevan a cabo los órganos del Estado o repartidores públicos, adjudicando potencia o impotencia [47], es decir, otorgando ventajas o imponiendo cargas.

Lo esencial de este principio radica en la garantía que tienen los administrados para impedir que se estatuyan en las leyes, reglamentos y aun en los actos singulares o concretos de aplicación de normas generales, distinciones arbitrarias o fundadas en propósitos de hostilidad contra personas o grupos de personas o que importen el otorgamiento indebido de privilegios [48].

Se ha dicho que el concepto de igualdad ante la ley es insuficiente, postulándose su reemplazo por el de "igualdad jurídica" [49] comprendiendo dentro de esta figura no sólo aquella que se tiene frente a la ley formal y material, sino con relación a todo el orden jurídico, también integrado por reglamentos y actos administrativos.

Por esa causa, la aplicación diferente de un reglamento, su modificación o inobservancia al dictarse el acto administrativo (de alcance particular), como así también la utilización de un mismo precedente de la Administración para arribar a soluciones contrarias, ocasionan agravio a la garantía constitucional de la igualdad.

b) El principio de legalidad

La concepción del estado de justicia requiere el mantenimiento de un principio, considerado esencial en el estado de derecho decimonónico, que ha constituido el modelo en los países de Europa Occidental. Tal principio —denominado de legalidad— se traduce en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad al ordenamiento positivo, el cual limita o condiciona su poder jurídico.

---

constitucional por afectar el principio de igualdad emergente del art. 16 de la Const. Nac. (cfr. *El Acto Administrativo*, pág. 104).

46 DABIN, Jean, *Doctrina General del Estado*, pág. 432 y sigs.

47 GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, pág. 47 y sigs., Buenos Aires, Depalma, 1973.

48 *Fallos*, 115:111; 132:410, 205:701.

49 BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. II, pág. 159, Buenos Aires, Ediar, 1969.

Si bien originariamente tal principio apareció como derivación del dogma que postulaba la primacía de la voluntad general, expresión del naturalismo que impuso la filosofía iluminista, lo cierto es —como anota Bidart Campos— que el principio tiene antecedente aristotélico [50].

Circunscripto en sus comienzos el principio legalista a la ley formal (emanada del Parlamento) hoy día se opera su extensión a todo el ordenamiento jurídico formal, es decir, a todo lo que Hauriou denominaba "bloque de legalidad" (leyes, reglamentos, principios generales, precedentes). Esto obedece, como bien lo ha puesto de manifiesto García de Enterría, a que la Administración ya no se presenta como mera ejecutora de normas que le son impuestas sino que es a la vez, en mayor o menor medida, fuente de normas autónomas, lo cual no implica desconocer, desde luego, que la ley formal siga enmarcando la generalidad de la actuación administrativa, operando sobre la Administración en forma directa, o bien, limitando, determinando o excluyendo, la potestad reglamentaria de la Administración [51].

Nuestro estatuto fundamental consagra la garantía de legalidad en su art. 19 y en otras normas complementarias como los arts. 16, 17, 18 y 28 de la Const. Nac. [52], principio que reposa en un fundamento de seguridad [53] y de justicia [54], por cuanto se objetivan la competencia y los fines de la actividad de la Administración que no quedan librados al arbitrio subjetivo del gobernante o del funcionario.

El principio de legalidad, en la realidad constitucional argentina, importa el establecimiento de las siguientes reglas: 1) toda afectación o limitación sustancial a los derechos de propiedad y de libertad de los administrados ha de ser impuesta por ley formal; 2) los reglamentos y actos administrativos que afecten o limiten tales de-

50 *Op. cit.*, t. II, pág. 109, nota 88. El Estagirita asentó en *La Política* (Libro III - Cap. XI) que vale más que mande la ley y no un ciudadano, sea quien fuere, porque cuando manda la ley es como si mandara Dios y la razón, mientras que cuando se concede superioridad al hombre es como si se diera a la vez al hombre y a la bestia.

51 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. I, pág. 271.

52 Cfr. LINARES, Juan F., *Poder discrecional administrativo*, pág. 55, nota 3, Buenos Aires, 1958.

53 BIDART CAMPOS, Germán J., *op. cit.*, t. II, pág. 111.

54 SAGÜÉS, Néstor P., *Mundo Jurídico y Mundo Político*, pág. 237, apunta, en coincidencia con Bidart Campos, que el derecho positivo tiene normalmente un contenido mínimo de justicia en el aspecto formal que hace al respecto de la seguridad jurídica, aunque señala también que "la magnificación de este valor ha llevado a una imagen deshumanizada del mundo jurídico, convirtiendo al hombre de derecho en un robot que aplica fríamente la norma por la norma misma, omitiendo la injusticia que pueda anidar en ese derecho positivo".

rechos individuales deben fundarse en preceptos legales (desde el punto de vista formal) o constitucionales [55].

c) La garantía de razonabilidad o justicia

Las personas no quedan al total arbitrio del Estado y no siempre ha de considerarse bueno, justo o razonable lo que el legislador estatuye.

El art. 28 de la Const. Nac., al prescribir que los derechos no pueden ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio, consagra el principio de la razonabilidad o justicia como regla sustancial del comportamiento del Estado, estatuyendo un principio que, aun cuando parezca referirse a las leyes formales, se extiende también a las leyes en sentido material [56] y a los actos administrativos.

La razonabilidad, en cuanto exige que los actos estatales posean un contenido justo, razonable y valioso, completa e integra la legitimidad, dejando la ley formal de ser así el único fundamento de validez de los actos estatales.

Así, ha podido señalarse que "tanto el Congreso como el Presidente de la República, tanto los funcionarios administrativos como los jueces, están constitucionalmente obligados a cumplir sus conductas mediante actos razonables, que resistan una estimativa axiológica y capaces de ser compartidos por el hombre común" [57].

Todos los actos que produce la Administración Pública han de contar con un fundamento de legalidad y, a la vez, de razonabilidad o justicia [58], fundamento este último que rige tanto para la actividad reglada como para la discrecional.

55 LINARES, Juan F., *op. cit.*, pág. 55.

56 SAMPAY, Arturo E., *La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, pág. 45, Buenos Aires, 1975. Adviértase también que el Preámbulo de la Constitución alude virtualmente a esta garantía al consignar entre los propósitos que guiaron a los constituyentes el de "afianzar la justicia", expresión que no cabe, por cierto, limitarla a la labor judicial o tribunalicia.

57 BIDART CAMPOS, Germán J., *op. cit.*, t. II, pág. 119.

58 La expresión justicia está empleada en el texto en sentido objetivo, como valor, medida o proporción que debe realizar el acto administrativo. Cuando los filósofos abordan el tema de la justicia, lo hacen en el plano moral, concibiéndola como la virtud mediante la cual se da a uno lo suyo, con firme y constante voluntad. Afirma Jacques Leclerc: que "la justicia objetiva debe dar su aplicación concreta a la virtud en el sentido de que únicamente podrán determinarse los actos justos por la inteligencia del contenido de la justicia objetiva y ésta no tiene cometido concreto si no corresponde a una concepción del orden que debe realizarse" (LECLERC, Jacques, *El Derecho y la Sociedad*, t. I, págs. 120-121, trad. del francés, Barcelona, 1964).

Los preceptos que instauran los requisitos de validez del acto administrativo, al referirse a la proporcionalidad entre las medidas que el acto involucra y los fines que lo orientan [59], trasuntan una aplicación del principio de razonabilidad o justicia de los actos estatales.

d) Concepto amplio de legitimidad

Los distintos elementos del acto administrativo son susceptibles de articularse bajo el principio genérico de legitimidad, comprensivo de la legalidad objetiva (aspecto normativo o reglado) y de la razonabilidad o justicia, exigiéndose tanto en la parte reglada del acto (razonabilidad de la norma o precepto que predetermina o condiciona la actuación) como en la parte discrecional del respectivo acto. Esta interpretación acerca del principio de legitimidad ha sido recientemente reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Solá" [60].

No obstante que en nuestra Constitución la regla de la razonabilidad aparece referida genéricamente al Poder Legislativo en el art. 28, el principio también resulta aplicable al Poder Ejecutivo en materia reglamentaria, el cual, conforme al art. 99, inc. 2° de la Const. Nac., tiene el deber de no alterar el espíritu o esencia axiológica de la letra de las leyes con excepciones reglamentarias [61]. En el orden de la realidad este principio se reconoce por la posibilidad de extinguir de oficio o a petición de parte, por razones de ilegitimidad, actos administrativos en sede judicial o administrativa o en las acciones de reparación de daños y perjuicios a cargo de entes públicos cuando han ejercido sus facultades en forma irrazonable [62].

e) La garantía de la propiedad frente a los actos de los poderes públicos

El buen orden que debe imperar en la sociedad civil requiere el reconocimiento del derecho de propiedad privada respecto de los bienes de consumo y de producción. Se trata de un auténtico derecho natural sobre las cosas originariamente creadas por Dios para atender las necesidades de todos, anterior y superior en jerarquía al derecho positivo, por cuanto corresponde a lo requerido por las necesida-

59 LNPA, art. 7°, inc. f).

60 ED, nro. 9545, Suplemento de Derecho Administrativo del 17-VII-1998, publicado con nuestro comentario.

61 LINARES, Juan F., *op. cit.*, pág. 159.

62 LINARES, Juan F., *op. cit.*, págs. 159-162.

des esenciales de la persona humana que exigen que, para una ordenada y correcta disposición de los bienes, la propiedad particular de los mismos sea asignada a los hombres en calidad de dueños para que ellos rindan todo el beneficio —particular y común— que son capaces de producir [63]. Por eso la propiedad tiene una función, a la vez individual y social, en el sentido de que su ejercicio ha de estar orientado a la consecución del bien común.

Para cumplir esa función nuestra ley suprema reconoce la existencia del derecho de propiedad privada, al propio tiempo que autoriza a disponer su sacrificio para satisfacer las necesidades propias de la comunidad o bien común (art. 17, Const. Nac.) mediante el procedimiento de expropiación por causa de utilidad pública.

Dado que la ley positiva establece las condiciones inherentes al ejercicio del derecho de propiedad no puede afirmarse que se trata de un derecho absoluto [64], sino sometido a los límites y condiciones propias de su reglamentación, que será válida en tanto sea razonable y justa y no desnaturalice o desvirtúe la esencia del derecho.

El concepto constitucional de propiedad ha sido definido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con estas palabras: "el término propiedad, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Const. Nac. o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de Derecho Privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de "propiedad". Los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien del dominio público (derecho a una sepultura) o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado en favor de particulares (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de canales, puertos, etc.) se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17 de la Const. Nac. como pudiera estarlo el titular de un derecho real de

63 CASARES, Tomás D., *La Justicia y el Derecho*, pág. 281, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1945.

64 Cfr. GARRIDO FALLA, *Las Transformaciones del Régimen Administrativo*, pág. 51, Madrid, 1962; observa este autor que la idea de la relatividad de los derechos, de origen administrativo, se integra en todo el sistema jurídico moderno rompiendo uno de los principios constitutivos del orden jurídico del liberalismo.

dominio (...) el principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurado en términos amplios por el art. 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones" [65].

La protección del derecho de propiedad se lleva a cabo a través de la institución de un sistema de garantías pertenecientes al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo, las cuales configuran muchas veces el apoderamiento de verdaderas potestades a favor de los administrados, frente a la Administración Pública.

El régimen de garantías refléjase en el poder jurídico atribuido al particular para obtener el respeto y observancia de principios fundamentales de muchos institutos del Derecho Público, tales como:

a) la previa declaración formal de utilidad pública y previa y justa indemnización para la procedencia de la expropiación (art. 17, Const. Nac. y arts. 10 a 17 y art. 29, 2ª parte de la ley 21.499).

b) el derecho a demandar la retrocesión del bien expropiado cuando no se cumplió la finalidad que motivó la expropiación (arts. 35 al 50, ley 21.499).

c) la facultad de accionar judicialmente demandando la expropiación irregular (art. 51, ley 21.499) [66].

d) el principio según el cual toda ejecución coactiva sobre los bienes del administrado ha de ser dispuesta por los órganos judiciales [67].

e) el mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato que incluye la intangibilidad de la remuneración del contratista particular en el contrato de obras públicas (la cual comprende tanto el mayor costo previsible como el imprevisto) [68] se realiza en virtud de exigencias de justicia conmutativa, habida cuenta de que en un contrato no se le debe al contratista

65 *Fallos*, 145:307 y sigs., en el caso "Bourdie, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital".

66 CASSAGNE, Juan C., en el trabajo *La Ley Nacional de Expropiación 21.499*, págs. 45-46, Buenos Aires, 1977.

67 Con las excepciones que admitimos en materia de autotutela del dominio público, demolición de edificios que amenazan ruina e incautación de bienes nocivos a la salud y seguridad de los habitantes (cfr. CASSAGNE, Juan C., *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo*, pág. 71, Buenos Aires, 1970).

68 Se trata, a nuestro juicio, de una responsabilidad a cargo de la Administración, en el marco de relaciones propias de la justicia conmutativa, ya que existe una relación de proporción entre la cosa con la cual se paga lo debido y aquello que es derecho para la persona a quien se paga, aun cuando una de las partes de la relación sea la persona jurídica Estado.

el reparto de un bien común sino "lo suyo", lo que le es propio e integra su derecho de propiedad [69] a diferencia de las relaciones fundadas en la justicia distributiva, donde se distribuye o participa una porción de dicho bien, en función a la condición o posición de cada uno en el seno de la comunidad [70].

f) la estabilidad de los actos administrativos que impide la revocación en sede administrativa de los actos irregulares que hubieren generado derechos subjetivos [71] a favor del administrado y de los actos regulares (arts. 17 y 18, LNPA, con las modificaciones de la ley 21.686).

g) la obligación de indemnizar al administrado los perjuicios provocados por la revocación de un acto administrativo por razones de oportunidad dispuesta por la Administración Pública (art. 18 *in fine* de la LNPA).

Tratándose de un acto administrativo, de estructura unilateral, se aplican, en principio, las reglas indemnizatorias que rigen al instituto de la expropiación dadas las similitudes existentes entre una y otra figura jurídica [72], excluyendo, en principio, el lucro cesante.

En materia contractual, la indemnización, a nuestro juicio, debe ser plena, dada la necesidad de restablecer las condiciones originarias, bases de la contratación, que constituyen la ley del contrato, cuyas disposiciones obligan "como la ley misma" (art. 1197, Cód. Civ.),

69 Una interpretación distinta sostiene Barra en el trabajo a que hemos hecho referencia, publicado en ED, t. 62, pág. 727.

70 Un pasaje de la *Suma Teológica* describe admirablemente "lo distribuido" por un acto de justicia distributiva señalando que en esta última "...se da algo al individuo en la medida en que lo que pertenece al todo corresponde también a la parte". Ha dicho Pieper que la naturaleza de las cosas exige que el 'distribuyente' mire a la persona recipiendiaria, mientras que el 'pagador' únicamente debe reparar en el valor de la cosa (cfr. PIEPER, Josef, *Justicia y Fortaleza*, pág. 149, Madrid, 1968); ver CASARES, Tomás, *op. cit.*, pág. 62.

71 ESTRADA, Juan Ramón de, *La primera reforma de la ley nacional de procedimiento administrativos*, ED, Legislación Argentina nro. 1, año 1978, pág. 3 y sigs., considera que el acto afectado por una nulidad absoluta no puede generar derechos subjetivos, entendiendo que la utilización del término *derechos subjetivos* "acarreará nuevas divergencias" (cfr. *op. cit.*, págs. 4 y 5). Compartimos esta última afirmación y pensamos que la redacción del anterior texto de la norma era superior a la actual. En cuanto al argumento de que la nulidad absoluta no puede generar derechos subjetivos ello es rigurosamente cierto pero en tanto tal nulidad haya sido declarada por los jueces y en este sentido creemos que puede postularse la estabilidad de ciertos actos administrativos irregulares en sede administrativa.

72 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 600 y sigs. La Corte ha sustentado el criterio expuesto en el texto en el caso "Motor Once SAC e I c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ nulidad de acto jurídico" (recurso de hechos, M-888-XXI, de fecha 9 de mayo de 1989).

obligación de justicia que no tiene su fuente en la materia objeto del contrato sino en el hecho mismo del acuerdo sobre la materia lícita [73].

En cualquier caso, el interés público que funda la revocación debe hallarse previamente declarado o contenido en una ley formal, no pudiendo consistir en un mero cambio de criterio de la Administración sobre la apreciación del interés público en el cual se fundamentó el acto administrativo originario.

En tales supuestos, el órgano administrativo debe consignar, con carácter previo, el importe de los perjuicios estimados a fin de respetar, en toda su plenitud, el principio de la "previa indemnización" propio de la materia expropiatoria [74] aplicable a la revocación por razones de mérito.

B) Garantías adjetivas

Todo el procedimiento administrativo puede ser analizado no sólo desde el punto de vista de los poderes jurídicos que confiere a la Administración Pública, otorgados en función al interés público o bien común que ella tiende a satisfacer [75], sino también como garantía de los derechos e intereses de los administrados.

En este último sentido, de un modo general, sin perjuicio de las otras finalidades o funciones que desempeñan, los recursos administrativos constituyen sin duda una garantía a favor de los administrados, articulada por el derecho objetivo, que no existe en el plano de la actividad de los sujetos privados, donde sólo rigen las garantías judiciales.

Sin embargo, tal garantía funciona también como una prerrogativa estatal, en aquellos supuestos en los cuales el ordenamiento jurídico consagra la exigencia de agotar la instancia administrativa a través de la vía recursiva, antes de promover la demanda en sede judicial (v.gr., art. 23, inc. a], LNPA).

73 CASARES, Tomás D., *op. cit.*, págs. 44-45. Éste es el criterio que rige actualmente en la jurisprudencia de la Corte Suprema (CS, 20-IX-1984 "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SA c/ Dirección Nacional de Vialidad", publicado en ED, t. 111, pág. 551, con nota de Alberto B. Bianchi). Esta sentencia ha merecido el comentario de Miguel S. MARIENHOFF: "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia", ED, t. 114, pág. 949.

74 Cfr. CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, pág. 406, 2ª ed.

75 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 363, Madrid, 1977.

A su vez, dentro del procedimiento administrativo existen determinados principios que desempeñan el papel de garantías a favor del administrado o recurrente, integrando el cuadro garantístico del denominado "régimen exorbitante". Entre ellos se destacan:

a) El informalismo a favor del administrado

Antes de la sanción de la LNPA nuestra doctrina [76], y la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación [77] habían sustentado este principio, sosteniendo que el trámite o las actuaciones procedimentales de un recurso han de juzgarse con amplitud de criterio a favor del administrado.

A diferencia de lo que ha interpretado un sector de la doctrina francesa, donde el informalismo se ha conceptuado en el sentido de asignar una mayor discrecionalidad a la Administración [78], la LNPA ha estatuido expresamente el principio del informalismo a favor del administrado, excusando a los interesados de la inobservancia "de exigencias formales no esenciales y que pueden cumplirse posteriormente". Es un principio general de todo el procedimiento administrativo, aun cuando no se tratare de procedimientos de impugnación.

Además, adviértase que la excusación lo es sólo respecto a las "formas no esenciales" concepto que se integra tanto con las irregularidades intrascendentes como con las nulidades relativas. Lo único que queda fuera de la garantía del informalismo es, entonces, la nulidad absoluta, en cuanto ésta configure un vicio de forma esencial y no pueda ser posteriormente objeto de saneamiento (v.gr. art. 14, inc. b] de la ley 19.549).

El principio del informalismo ha sido aplicado a diversos supuestos, habiéndose invocado para excusar la calificación errónea de los recursos [79] o el error en el destinatario de la impugnación, como asimismo, para aceptar la procedencia de aquellos recursos que adolecen de fallas formales [80] en tanto estos defectos no configuren vicios en las formas esenciales.

76 GORDILLO, Agustín A., *Procedimientos y Recursos Administrativos*, pág. 32, Buenos Aires, Macchi, 1964.

77 *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 64, pág 208; t. 73, pág. 69; t. 74, pág. 302, etc.

78 DUEZ, Paul - DEBEYRE, Guy, *Traité de Droit Administratif*, pág. 25 y sigs., Paris, 1952.

79 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 709.

80 *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 64, pág. 176, t. 66, pág. 210 y sigs.

En España, este principio ha sido reconocido en el procedimiento administrativo, circunscribiéndolo al derecho de acción o de impugnación que el respectivo ordenamiento prescribe a favor del administrado. Se trata del principio denominado *in dubio pro actione*, que postula la máxima tutela e interpretación más favorable al ejercicio del derecho a interponer los recursos, recibiendo aplicación —aparte de los supuestos recogidos por la jurisprudencia administrativa de nuestro país— en materia de cómputo de los plazos, de legitimación para ser parte en el procedimiento y de opción por la publicación o la notificación de un acto administrativo [81].

b) El debido proceso adjetivo

Como principio derivado de la garantía constitucional de la defensa —reconocida en el art. 18 de la Const. Nac.— la LNPA estatuyó el principio del "debido proceso adjetivo" (art. 1°, inc. f], LNPA) el cual encuentra su fundamento en el Derecho Natural.

Tal principio, cuya aplicación en el procedimiento administrativo es aceptada en forma amplia por la doctrina nacional [82] y comparada [83] ya había sido receptado por la jurisprudencia administrativa [84] y judicial [85]. En cierto modo puede afirmarse que la garantía que él comporta funciona tanto en defensa del interés privado del recurrente como del interés público o bien común, en tanto el administrado persigue indirectamente la satisfacción de este último.

En el orden nacional, el principio del debido proceso adjetivo se articula en los siguientes derechos esenciales:

1) *Derecho a ser oído.* Este derecho comprende para el administrado la posibilidad, según lo prescribe la norma [86], de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos

81 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 380.

82 ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado General del Procedimiento Administrativo*, pág. 141, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973; BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho Constitucional del Poder*, t. II, pág. 177; GRAU, Armando E., "La razonabilidad en el procedimiento administrativo argentino", *Revista Ciencias Administrativas*, año XI, nro. 27, pág. 30, La Plata, 1968.

83 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 405 y sigs.; FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, pág. 141, México, 1958; TACITO, Caio, *O Abuso de Poder Administrativo do Brasil*, pág. 87, Rio de Janeiro, 1959.

84 *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 57, pág. 215, t. 71, pág. 173.

85 *Fallos*, 89:34; 215:357.

86 Art. 1°, inc. f), ap. 1°, LNPA.

que se refieran a sus derechos subjetivos e intereses legítimos, así como interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente.

Para Escola, el reconocimiento efectivo de este principio presupone que el administrado "tenga la oportunidad de conocer las actuaciones y antecedentes administrativos, para poder tomar así razón de todos los elementos que de ellas resulten y que serán los que han informado o informarán el acto decisorio de la administración" [87].

Por consecuencia, el derecho a obtener vista de las actuaciones constituye un presupuesto necesario de este elemento (derecho a ser oído) que integra la garantía del debido proceso adjetivo.

En lo concerniente al patrocinio letrado, si bien la norma lo conceptúa como un derecho del administrado, el mismo asume carácter obligatorio en aquellas ocasiones en que se planteen o debatan cuestiones de índole jurídica (art. 1°, inc. f], ap. 2°, *in fine*, LNPA), salvo cuando una norma expresa permita que la representación se ejerza por quienes no son profesionales del derecho.

2) *Derecho a ofrecer y producir pruebas*. Este segundo elemento del debido proceso adjetivo comprende el derecho a:

(i) ofrecer y producir pruebas dentro del plazo que razonablemente fije la Administración en atención a la complejidad del asunto y a la índole de la prueba que deba producirse [88].

(ii) reclamar de la Administración que requiera y produzca los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva [89].

(iii) controlar por sí mismos o por intermedio de sus profesionales todas las medidas y actuaciones que se produzcan en el período de prueba [90].

87 Cfr. ESCOLA, Héctor Jorge, *op. cit.*, págs. 145-146.

88 ESTRADA, Juan Ramón de, "La primera reforma a la ley nacional de procedimientos administrativos", ED, Legislación Argentina nro. 1, pág. 8, sostiene "que la reforma aclara debidamente el artículo dada la naturaleza inquisitoria del procedimiento administrativo y el verdadero carácter de los recursos administrativos" donde la Administración controla la legitimidad y oportunidad del acto. El agregado que introdujo la ley 21.686 al art. 1°, inc. f), ap. 2° le impone a la Administración el deber de requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva.

89 Cfr. art. 1°, inc. f), ap. 2°, LNPA con las modificaciones introducidas por la ley 21.686. Hay en la norma, si bien dentro de la regulación del debido proceso adjetivo, una clara recepción del principio de la verdad material u objetiva, opuesto al de la verdad formal que rige en el proceso judicial.

90 ESCOLA, Héctor Jorge, *op. cit.*, pág. 147.

(iv) presentar alegatos y descargos una vez finalizada la etapa probatoria del procedimiento.

3) *Derecho a una decisión fundada.* Este derecho se conecta en su faz pasiva con el deber genérico de motivar los actos administrativos [91] impuesto por el art. 7º, inc. e) de la LNPA [92].

La garantía del debido proceso adjetivo se realiza debidamente sólo si la decisión hace "expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas", en tanto "fueren conducentes a la solución del caso" [93].

La norma no obliga a la Administración a considerar todos los argumentos expuestos o desarrollados por el recurrente, sino sólo aquellos que revistan carácter principal, debiéndose considerar por tales aquellos que se vinculen por su importancia y causalidad con la pretensión del administrado.

Pero la decisión, además de ser fundada, debe resolver las peticiones del administrado (la norma emplea la expresión "cuestiones propuestas" [94]. La LNPA permitía en su versión anterior que la reclamación administrativa previa pudiera versar sobre cuestiones o peticiones planteadas y no resueltas [95], lo cual revestía cierta trascendencia en el régimen de impugnación judicial atento a que, en tales supuestos, se podía interpretar que la impugnación de los respectivos actos no se hallaba sujeta a plazos de caducidad [96].

91 BIELSA, Rafael, "Necesidad de motivar jurídicamente los actos administrados en el sistema político de la Constitución", en *Estudios de Derecho Público*, t. III, pág. 551, Buenos Aires, 1952.

92 ESCOLA, Héctor Jorge, *op. cit.*, pág. 148.

93 Cfr. art. 1º, inc. f), ap. 3º, LNPA.

94 ESCOLA, Héctor J., *op. cit.*, págs. 147-148.

95 Art. 30, 3er. párrafo, LNPA, con las modificaciones introducidas por la ley 21.686.

96 ESTRADA, Juan Ramón, *op. cit.*, pág. 6.

CAPÍTULO II

ACTOS ORIGINADOS POR LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SUMARIO

Sección 1ª

EL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Diferentes actos que dicta la Administración Pública. Remisión.
2. La actividad de la Administración con relación a terceros.
3. Los hechos administrativos.
4. Las llamadas vías de hecho administrativas.
5. El acto administrativo: concepto y función actual.
6. Estructura unilateral o bilateral de la declaración. La unilateralidad o bilateralidad pueden referirse tanto a su formación como a sus efectos.
7. Efectos del acto administrativo.
8. Alcance general o individual del acto administrativo.
9. El contenido exorbitante del régimen aplicable al acto administrativo.
10. Síntesis: noción conceptual. ¿Existe algún criterio positivo en el orden nacional?

Sección 2ª

LOS REGLAMENTOS

1. El concepto durante el constitucionalismo y la óptica realista.

2. Diferencias entre el acto administrativo y el reglamento.
   A) La prelación jerárquica del reglamento y la imposibilidad de establecer excepciones singulares y concretas.
   B) El régimen de publicidad.
   C) Otras diferencias entre el régimen del reglamento y el del acto administrativo.

Sección 3ª

OTROS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Los actos inter-orgánicos.
   A) Conflictos de competencia.
   B) Actos de control.
   C) Actos que afectan derechos de los agentes públicos.
2. Los actos que vinculan sujetos de la Administración Pública (actos inter-administrativos).
3. Solución de conflictos inter-administrativos.
   A) Controversias entre entidades estatales que actúan en una misma esfera de competencia constitucional.
   B) Conflictos entre personas públicas estatales pertenecientes a diferentes esferas de gobierno.
4. Improcedencia de la aplicación de multas en las relaciones inter-administrativas.
5. El acto institucional.
6. La categoría del acto institucional y el problema terminológico.
7. Su concepto y fundamento constitucional.
8. Distintos supuestos que configuran actos institucionales en la Constitución Nacional.
   A) Intervención federal a las provincias.
   B) Declaración del estado de sitio.
   C) Designación de diputados y senadores.
   D) Nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
   E) Otros casos.
9. El control judicial de los actos de ejecución de un acto institucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
10. Actos emitidos por la Administración reglados parcialmente por el Derecho Privado.
11. Actos de sustancia jurisdiccional que dicta la Administración.

CAPÍTULO II

ACTOS ORIGINADOS POR LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Sección 1ª

EL ACTO ADMINISTRATIVO

1. DIFERENTES ACTOS QUE DICTA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. REMISIÓN

Una consecuencia fundamental de adoptar la concepción objetiva o material sobre la función administrativa es la de permitir la diferenciación dentro del conjunto de actos que emite la Administración Pública de aquellos que traducen el ejercicio de otras funciones o actividades del Estado (v.gr. actos jurisdiccionales de la Administración) que no ostentan un régimen jurídico homogéneo.

Las distinciones de régimen jurídico que acusan cada una de las categorías reales existentes obedecen a la propia naturaleza y conformación del respectivo régimen, el cual tiene que respetar las peculiaridades típicas de la función a la que objetivamente pertenezca el acto emitido.

De ese modo, sólo en un sentido finalista o teleológico se podría postular una concepción unitaria sobre la actividad de la Administración Pública, en tanto que esa actividad necesita hallarse siempre orientada a la satisfacción del bien de los integrantes de la comunidad. Pero ese dato finalista que, en definitiva, está presente en toda la actividad estatal, con ser el más valioso en el plano de la moral y de la justicia, no impide formular las precisiones jurídicas concep-

tuales basadas en la distinta realidad de cada actuación que desarrollan los órganos del Estado.

Las concepciones que explican la realidad de las diferentes categorías jurídicas que se dan en el plano de la actividad que desarrolla la Administración Pública en sentido subjetivo (Poder Ejecutivo y sus entidades) y los órganos legislativo y judicial las hemos expuesto con anterioridad.

Aquí sólo cuadra resaltar la trascendencia que tienen, respectivamente, para la sustancia del Derecho Administrativo, las figuras del reglamento y del acto administrativo. Mientras la primera traduce el ejercicio de la actividad normativa con rango inferior a la ley (salvo algunas formas equivalentes), la categoría del acto administrativo, típico producto de la función administrativa, en sentido material, viene a constituir algo así como el eje a cuyo alrededor giran las principales instituciones de la disciplina.

2. LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CON RELACIÓN A TERCEROS

El conjunto de actividades llevadas a cabo por la Administración Pública produce sus efectos en el plano externo, es decir, con repercusión directa sobre los administrados, así como en el orden interno de la propia organización administrativa, o bien puede generar otro tipo de relaciones jurídicas, las cuales se caracterizan por crear un vínculo estrictamente inter-administrativo entre sujetos o entidades estatales.

La teoría de la relación inter-orgánica, como concepción opuesta a la típica que surge del acto administrativo, sufrió los embates de un sector de la doctrina [1] no obstante lo cual cabe apuntar que muchas de las opiniones jurídicas clásicas sostenidas en el derecho comparado [2] se inclinaron a favor del reconocimiento de los actos que emanaban de la actividad interna de la Administración, como una categoría autónoma y distinta al acto administrativo [3].

1 FIORINI, Bartolomé, *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*, pág. 23, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969; GORDILLO, Agustín A., *El Acto Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969.

2 ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. II, págs. 269-270, Milán, 1958; RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, pág. 91, Paris, 1977; FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, págs. 202-203, México, 1944; GARCÍA TREVIJANO FOS, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 191 y sigs., Madrid, 1967; SANDULLI, Aldo M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, pág. 349, Napoli, 1970.

3 CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, 2ª ed., págs. 111-116, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978. Como allí se demuestra, el régimen jurídico del acto interno de la Administración es notoriamente distinto del correspondiente al acto administrativo.

3. LOS HECHOS ADMINISTRATIVOS

Los hechos desempeñan una importante función en el mundo jurídico en cuanto constituyen —en su acepción general— la causa eficiente que provoca el nacimiento, la modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones.

En tal sentido, el hecho jurídico aparece definido por Vélez Sarsfield en el art. 896 del Cód. Civ. como todo "acontecimiento" que produce los efectos apuntados [4] el cual puede asumir carácter humano o provenir de la naturaleza [5]. Los primeros se denominan hechos subjetivos mientras que los hechos naturales reciben el nombre de hechos objetivos.

Los hechos administrativos de carácter subjetivo constituyen una especie de hecho jurídico signado por caracteres propios, habida cuenta de la necesaria presencia de un órgano estatal para que ellos se configuren. Son comportamientos materiales u operaciones que traducen el ejercicio de una actividad física de los órganos administrativos [6] a diferencia de los actos administrativos que son siempre producto de una declaración, es decir, de una exteriorización al plano jurídico de un proceso intelectual [7].

Las conductas que configuran tales hechos administrativos pueden ser realizadas en cumplimiento de un acto administrativo anterior e, inclusive, hay hechos que permiten discernir la presencia de una voluntad tácita de la Administración [8].

4 En la nota hecha por el codificador a la sección segunda del libro segundo del Código Civil se recogen conceptos de Ortolan: "La función de los hechos en la jurisprudencia es una función eficiente. Si los derechos nacen, si se modifican, si se transfieren de una persona a otra, si se extinguen, es siempre a consecuencia o por medio de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho, y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos".

5 No corresponde reiterar aquí la clasificación de los hechos jurídicos existentes en el Derecho Civil. Cabe advertir que, en esa disciplina, a pesar de que los hechos humanos (en general) reciben el nombre de actos, se reserva el concepto de acto jurídico para una especie de hechos humanos: los voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos (art. 944, Cód. Civ.).

6 ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 241 y sigs., Milán, 1958. Por lo común se reserva la expresión hecho administrativo para el hecho subjetivo humano, proveniente de un órgano administrativo.

7 CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, pág. 92, 2ª ed..

8 RANELLETTI, Oreste, *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*, pág. 8, Milán, 1945.

Pero los hechos naturales u objetivos también interesan al Derecho Administrativo, tales como el tiempo, el espacio y la medida de las cosas, los cuales son datos del mundo real que no poseen valor jurídico en sí mismos sino en la medida en que integran elementos de los hechos jurídicos [9].

Así, con el "tiempo" está relacionado todo cuanto concierne al modo de computar los intervalos del Derecho y específicamente tanto lo relativo a la caducidad y prescripción como al plazo concebido en una cláusula accesoria del acto administrativo mientras que se vincula con el "espacio" lo referente a la clasificación de la competencia en razón del territorio, sirviendo para el deslinde de atribuciones entre entidades que tienen establecido un marco geográfico que limita el ámbito de sus potestades administrativas.

A su vez, la medida de las cosas (extinción, volumen y peso) ha sido regulada por el Derecho objetivo, el cual ha adoptado como sistema de pesas y medidas el sistema métrico decimal, de aplicación obligatoria en todos los contratos y transacciones comerciales que se celebren en el país [10].

4. LAS LLAMADAS VÍAS DE HECHO ADMINISTRATIVAS

El concepto de vía de hecho administrativa, obra de la jurisprudencia francesa [11], pertenece al campo de la ilegitimidad y comprende todos aquellos comportamientos materiales que, sin alcanzar a configurar una declaración, implican una grosera o grave violación del ordenamiento jurídico [12].

La LNPA [13] señala, a título enunciativo, dos supuestos de vía de hecho: a) el comportamiento material [14] que sea lesivo de un derecho o garantía constitucional y b) la puesta en ejecución de un acto hallándose pendiente algún recurso administrativo de los que en vir-

9 ZANOBINI, Guido, *op. cit.*, t. I, pág. 212.

10 Ley 845.

11 RIVERO, Jean, *op. cit.*, pág. 172 y sigs., Paris, 1977; BENOIT, Francis P., *Le Droit Administratif Français*, pág. 432, Toulouse, 1968; WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, pág. 437 y sigs., Paris, 1963.

12 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 213 y 495, 1ª ed.; CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, págs. 263-264, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.

13 LNPA, art. 9º, con las modificaciones introducidas por la ley 21.686.

14 La reforma introducida al art. 9º, inc. a), de la LNPA introdujo, siguiendo el criterio que sostuvimos en un comentario hecho a la ley 19.549, la expresión "comportamiento material para definir la 'vía de hecho' ". Véase CASSAGNE, Juan C., "La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549", ED, t. 42, pág. 835.

tud de norma expresa impliquen la suspensión de su ejecutoriedad o que, habiéndose resuelto, no fuere notificado.

La noción de "vía de hecho" del régimen argentino vigente en el orden nacional es más amplia que la elaborada por el Consejo de Estado francés que la limita al menoscabo del derecho de propiedad o de una libertad fundamental, no habiendo alcanzado la noción un punto de equilibrio coherente en la medida en que no se ha establecido definitivamente si ella comprende sólo las operaciones materiales o también las decisiones de la Administración Pública [15].

En el sistema argentino de la LNPA es evidente, a nuestro juicio, que la lesión que la configura debe implicar un ataque efectivo, un comportamiento material, que como tal sea tangible, no bastando con la lesión potencial o una mera amenaza de sufrir perjuicio.

5. EL ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y FUNCIÓN ACTUAL

La teoría del acto administrativo tuvo su origen y desarrollo en Francia, merced a la jurisprudencia, principalmente, del Consejo de Estado y, de un modo complementario, del Tribunal de Conflictos, órgano este último encargado de fijar con fuerza de verdad legal el deslinde de la competencia entre los tribunales administrativos y los judiciales.

Ello no significa, desde luego, restar importancia a los estudios doctrinales realizados en lo que va del siglo, en particular en el Derecho continental europeo (Italia, Alemania y España) y en distintos países latinoamericanos.

La razón de ser de la concepción, conectada en los comienzos a la necesidad práctica de establecer la división entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la judicial, como consecuencia de la interpretación del principio de la separación de los poderes elaborado por Montesquieu [16], obedece, en realidad, a una causa mucho más esencial.

15 BENOIT, Francis P., *op. cit.*, pág. 429.

16 Constituye una idea común afirmar que en Francia se realizó, durante y después de la Revolución, una aplicación errónea del principio divisorio de Montesquieu. No suele advertirse que la obra revolucionaria implicó un retroceso sensible en relación a las garantías que el administrado tenía en el antiguo régimen para ser juzgado por un órgano independiente en los litigios contra el Estado (al eliminar órganos, como el Consejo del Rey). Por otra parte, la Revolución mantuvo, en sus grandes lineamientos, el sistema del antiguo régimen, que excluía a las autoridades estrictamente judiciales de la función de juzgar las causas contencioso-administrativas. Tal parece también haber sido el pensamiento teórico de MONTESQUIEU, quien concebía al poder de juzgar como aquel que "castiga a los crímenes o juzga las diferencias de los particulares"; para un desarrollo extenso de esta interpretación, BENOIT, Francis P., *op. cit.*, pág. 286 y sigs.

Esa razón se vincula con la propia finalidad del Derecho Administrativo en cuanto propende a la prosecución del bien común a través de actividades jurídicas homogéneas, que precisan llevarse a cabo conforme a un régimen diferente al que es propio de los actos de Derecho Privado [17].

La teoría del acto administrativo demuestra que su elaboración y desarrollo ha tenido en cuenta no sólo el interés público que el Estado persigue al extender los efectos de su accionar al ámbito externo sino también y en una medida importante, las garantías debidas al administrado que surgen del sometimiento de la Administración Pública a determinados principios y reglas jurídicas que, en tanto justas y razonables, poseen legitimidad.

Si el acto administrativo trasciende el ámbito inter-orgánico de la Administración proyectándose al plano externo por efecto de la exteriorización de la voluntad del órgano estatal, lo primero que corresponde indagar es de qué modo se produce ese proceso. Por ello, el acto administrativo constituye una "declaración" habida cuenta que exterioriza un proceso de tipo intelectual, por oposición a los meros hechos administrativos, los cuales consisten en comportamientos materiales que traducen una actividad física de la Administración [18].

Dentro del concepto de declaración se comprenden tanto las típicas declaraciones de voluntad, como las de conocimiento y de opinión o juicio. De modo, pues, que técnicamente constituyen declaraciones los actos que trasuntan una actividad de conocimiento y atestación, tal como acontece cuando la Administración procede a registrar hechos o actos a los que le otorga autenticidad (v.gr. inscripción de derechos reales, certificado de defunción) como cuando certifica hechos sobre los cuales toma conocimiento (v.gr. certificado del cual surge la inhibición de bienes de una persona) o bien, en aquellos en que emite una opinión o un juicio (v.gr. expedición de un certificado de buena conducta) [19].

El acto administrativo pertenece a la categoría de los actos jurídicos voluntarios. Pero aun partiendo de este presupuesto esencial

17 Bielsa apunta que existe "entre los actos de derecho civil y los actos administrativos diferencias substanciales en razón de los elementos constitutivos del acto, empezando por los sujetos que en el acto administrativo, uno al menos, es de derecho público, luego el objeto y la causa que es de interés público y el régimen de formación, modificación y extinción, pues prevalece siempre la voluntad de la Administración Pública" (BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 16, Buenos Aires, Depalma, 1964).

18 ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 241 y sigs., Milán, 1958.

19 SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 429, Montevideo, 1963; RANELLETTI, Oreste, *op. cit.*, pág. 3.

cabe reconocer diferencias entre el acto administrativo y el acto jurídico privado, las cuales justifican la existencia de una teoría propia para esta importante categoría del Derecho Público.

En el Derecho Privado sólo adquiere condición de acto jurídico la declaración encaminada a producir en forma inmediata una modificación del orden jurídico (art. 944, Cód. Civ.), mientras que en el Derecho Público el acto administrativo abarca un espectro más amplio, incluyendo también aquellas declaraciones que no persiguen esa finalidad en forma inmediata sino mediata.

La comparación entre ambas categorías permite sostener que en el Derecho Público se produce el fenómeno por el cual ciertas determinaciones de la autoridad administrativa adquieren existencia formal externa y autónoma bajo la forma de actos que, para el Derecho Privado, carecen de trascendencia jurídica directa, al menos en lo concerniente a su manifestación formal externa [20].

Ahora bien: esa declaración precisa surgir de un órgano del Estado y ser emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa (concepción objetiva) puesto que es precisamente tal circunstancia la que va a generar consecuencias en el régimen del acto que se emita (v.gr. reglas sobre competencia). En cambio, no es posible que entidades no estatales dicten actos administrativos, ya que aun reconociendo que el Derecho Público pueda regular a veces sus actividades (v.gr. personas públicas no estatales) éstas no poseen el mismo régimen que los actos administrativos [21].

En definitiva, la noción de acto administrativo comprende toda declaración proveniente de un órgano estatal [22], emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto.

20 ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 242.

21 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 251; sobre la aplicación de la LNPA a las personas públicas no estatales véase: MONTI, Laura N. - MURATORIO, Jorge I., "La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a los actos de los entes públicos no estatales", REDA, nro. 14, pág. 517 y sigs., Buenos Aires, 1993, señalan que "es útil no atribuir mentalmente un régimen de derecho público a cualquier actividad" (pág. 523) al comentar el fallo de la Corte dictado en la causa "Colegio de Abogados de la Cap. Fed. c/ MEB s/ cobro de sumas de dinero".

22 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 43-47, 11ª ed., admite la posibilidad de que los órganos Judicial y Legislativo realicen actuaciones administrativas; planteando la necesidad de superar la idea que afirma la personalidad jurídica de la Administración para reemplazarla por la personalidad jurídica del Estado (*op. cit.*, pág. 46).

6. ESTRUCTURA UNILATERAL O BILATERAL DE LA DECLARACIÓN. LA UNILATERALIDAD O BILATERALIDAD PUEDEN REFERIRSE TANTO A SU FORMACIÓN COMO A SUS EFECTOS

No existe acuerdo acerca de si la noción de acto administrativo sólo comprende aquellas declaraciones unilaterales [23] de volición, cognición, juicio u opinión, o si también incluye en ella a los actos cuya estructura fuera bilateral [24], en tanto la voluntad del administrado participa en la declaración jurídica.

El origen de la concepción que limita el acto administrativo al proveniente de una declaración unilateral de la Administración reconoce dos vertientes. En Francia, ante la carencia de una teoría general, en el Código Civil, sobre los hechos y actos jurídicos, la doctrina y la jurisprudencia construyeron la noción del acto administrativo sobre la base de la expresión unilateral de voluntad y las prerrogativas exorbitantes que poseía la Administración. Tal concepto adquirió allí perfiles propios, recibiendo el nombre de "decisión ejecutoria", la cual incluye, tanto a las decisiones de alcance general (decretos, circulares, etc.) como a las de alcance particular que crean una situación jurídicamente individualizada y concreta [25].

Por otra parte, la doctrina italiana al negar la categoría del contrato administrativo y sostener que el distinto valor que poseen la voluntad de la Administración y la del particular impide fundirlas en un acuerdo contractual [26], ha contribuido también a sumar puntos a favor de la concepción que sólo admite el acto administrativo unilateral.

23 RIVERO, Jean, *op. cit.*, pág. 93 y sigs., Paris, 1977; ver también GARCÍA TREVIJANO FOS, José A., *Los actos administrativos*, págs. 95-97, Madrid, 1986.

24 BIELSA, Rafael A., *op. cit.*, t. II, pág. 171 y sigs.; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 226 y sigs.; FIORINI, Bartolomé A., *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*, pág. 32 y sigs.; posición que entendemos es la correcta en el ordenamiento jurídico argentino en tanto armoniza con la clasificación civilista aplicable analógicamente. Esto es así tanto más si se advierte la bilateralidad que existe en los llamados actos privados de la Administración o actos de objeto privado, los cuales si bien tienen un régimen jurídico distinto poseen las mismas características estructurales en cuanto a los sujetos intervinientes. En el derecho uruguayo se acepta que el acto bilateral y especialmente los contratos forman parte del concepto de acto administrativo (PRAT, Julio A., *Derecho Administrativo*, t. III, vol. 2, pág. 9, Montevideo, 1978), con apoyo en el derecho positivo.

25 RIVERO, Jean, *op. cit.*, pág. 94.

26 ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, págs. 274-275, Milán, 1958. En la doctrina italiana predomina el criterio de que la mayor parte de los contratos que celebra la Administración son contratos de derecho privado: DI RENZO, Francesco, *I Contrati della Pubblica Amministrazzione*, pág. 11 y sigs., Milán, 1975.

Sin embargo, las diferencias existentes entre los contratos y los actos unilaterales no justifican en el Derecho Administrativo la configuración de géneros diferentes pues, tal como acontece en el Derecho Privado, ambas categorías son especies del acto jurídico administrativo.

En definitiva, la cuestión consiste en demostrar la configuración de una teoría general sobre el acto administrativo aplicable a todas las especies de declaraciones productoras de efectos jurídicos individuales con relación a los administrados.

Al contrato administrativo se le aplican los principios de la teoría general del acto administrativo (v.gr. elementos, nulidades, vicios, extinción, etc.) con las peculiaridades que hacen a la figura contractual, aplicación que realizan inconscientemente todos los autores que, aun cuando adhieren a la concepción del acto unilateral, al analizar los contratos administrativos aplican a estos últimos las reglas de las nulidades del acto administrativo [27].

En consecuencia, todo contrato celebrado por el Estado en ejercicio de funciones administrativas constituye esencialmente un acto jurídico administrativo [28], dado que el concepto de contrato incluye mediante notas comunes la cualidad del género acto jurídico, sin que a ello obsten las notas propias que disminuyen la universalidad del género [29].

La unilateralidad o bilateralidad del acto administrativo pueden darse tanto en su formación como en los efectos. Así —por ejemplo— el permiso del dominio público constituye un acto de formación bilateral pues la declaración se integra con el concurso de dos voluntades que se funden, aun cuando sus principales efectos o consecuencias sean unilaterales [30].

La petición del administrado, integra el acto [31], tal es el caso de las autorizaciones que, al requerir el pedido del administrado, son actos administrativos bilaterales en su formación. La voluntad del administrado no opera, en esos casos, como un mero coadyuvante [32] o condición del acto, sino que se funde con la voluntad de la Administración.

27 La jurisprudencia ha dicho que "Los contratos administrativos son actos administrativos en la medida que le son aplicables los principios de su teoría general" (CNac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 27-IV-1982 publicada en ED, t. 102, pág. 233).

28 FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, pág. 33.

29 MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Lógica para juristas*, págs. 43-44, Barcelona, 1969.

30 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 233.

31 En contra: JÈZE, Gastón, *op. cit.*, t. III, pág. 233.

32 FORSTHOFF, Ernst, *op. cit.*, pág. 294, posición que es característica de la doctrina alemana para explicar la participación de la voluntad del administrado en el origen del acto.

Esta distinción acerca de la unilateralidad o bilateralidad en la formación y efectos de los actos administrativos ha sido recepcionada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación [33] a partir del caso "Metalmecánica SA c/ Gobierno Nacional", donde se expuso que si la voluntad del interesado debía expresarse para su incorporación a un régimen desde el momento en que aquélla era aceptada, otra voluntad, la de la Administración Pública juntamente con la voluntad del particular, da origen a un acto administrativo bilateral en su formación y también en sus efectos, pues el pedido del interesado de acogerse a un régimen constituye un presupuesto esencial de la existencia del acto, que también resulta bilateral en sus efectos, si de la concurrencia de voluntades emergen derechos y obligaciones para ambas partes.

7. EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A diferencia de lo que ocurre con los llamados actos inter-orgánicos o internos de la Administración, los actos administrativos producen efectos en el plano externo, es decir frente a los administrados [34].

Se ha pretendido, por un sector de la doctrina, restarle significación a la clasificación antedicha, habiéndose sostenido que se trata, en ambos casos, de actos administrativos [35].

En el acto administrativo lo esencial para tipificar el efecto jurídico causado es que el mismo se produzca en forma directa incidiendo en la relación sustancial con el particular [36]. Por "efectos jurídicos directos" deben entenderse aquellos que surgen del propio acto, quedando, por tanto, fuera del concepto de acto administrativo los actos carentes de efectos jurídicos (v.gr. felicitaciones) y aquellos otros que sólo repercuten indirectamente en la esfera de los administrados, los cuales constituyen meros actos internos o inter-orgánicos [37].

33 ED, t. 71, pág. 465, consid. 8º. En el caso, se trataba del acogimiento al régimen de promoción de la industria automotriz.

34 SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, págs. 396-397.

35 FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, págs. 23-25, postura que en su momento criticamos. Sin embargo, en su obra póstuma Fiorini rectifica ese criterio, ocupándose con cierto detalle del régimen de los actos provenientes de la actividad interna, a los cuales separa claramente de los actos administrativos (cfr. FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 319 y sigs., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976).

36 FORSTHOFF, Ernst, *op. cit.*, págs. 282-283.

37 La ventaja de la concepción que tiene en cuenta el carácter directo del efecto jurídico causado es la de superar la discusión existente en doctrina acerca de si para la configuración del acto administrativo era indispensable que el acto fuera definitivo o también correspondía incluir a los actos preparatorios de la voluntad administrativa, pues

Desde luego que también existen actos internos productores de efectos jurídicos directos (ej.: instrucción del Poder Ejecutivo a un ministro sobre una misión al exterior) que técnicamente no son actos administrativos.

En suma, el dato del carácter directo del efecto ha de vincularse a un destinatario ajeno a la Administración, por cuya causa sólo se concibe la existencia del acto administrativo cuando sus efectos alcanzan la esfera jurídica de los administrados o terceros afectando la relación jurídica sustancial que los vincula. Por administrados o terceros destinatarios del acto se entienden las personas físicas, las personas jurídicas de carácter privado y las personas públicas no estatales. Asumen, asimismo, esa calidad los agentes públicos en aquellos supuestos en que se hubieran emitido actos internos que afecten los derechos emergentes de la relación de empleo o función pública.

En aquellos supuestos en que el acto no incida o afecte la relación jurídica sustancial (ya sea porque se trata de un derecho preexistente o bien, de una mera declaración no fundada en ley o no exigida por el ordenamiento) el acto resultante configura un mero pronunciamiento administrativo carente de presunción de legitimidad y de ejecutoriedad. En tal caso, la principal consecuencia que se desprende de esta categoría jurídica es que el particular no consiente el acto cuando no lo impugna judicialmente dentro del plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA [38].

8. ALCANCE GENERAL O INDIVIDUAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La utilización del criterio material para acotar el concepto del acto administrativo, encuadrándolo en límites precisos, cuyo contenido y contornos obedecen a la homogeneidad de su régimen jurídico junto a la esencial finalidad que lo nutre, conduce necesariamente a la separación de aquellos actos emitidos por la Administración en ejercicio de funciones materialmente legislativas.

Si se abandona el criterio formal o subjetivo para clasificar las funciones y, por ende, los actos que constituyen siempre el producto

---

ahora lo que realmente importa es que el acto, de suyo, produzca efectos jurídicos con relación a los administrados.

38 Cfr. MAIRAL, Héctor A., "Los meros pronunciamientos administrativos", en *Derecho Administrativo*, obra colectiva en homenaje al profesor doctor Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 651 y sigs. En apoyo de la configuración de esta nueva categoría de actos de la Administración —que compartimos— Mairal invoca la doctrina de la Corte expuesta en el caso "Serra" (LL, t. 1995-A-397).

de las actividades materiales aceptando aquellas concepciones que se basan en la esencia o sustancia de las cosas, va de suyo que cabe excluir del concepto de acto administrativo a los reglamentos, cuyo carácter abstracto y generalidad de efectos, denotan su pertenencia al ámbito de las actividades legislativas en sentido material [39].

Y es precisamente esta circunstancia la que tipifica y caracteriza todo el régimen jurídico de los reglamentos, acercándolos, en muchas de sus notas peculiares, al régimen de las leyes en sentido formal (v.gr. sistema de publicidad).

Al abordar el concepto del reglamento se verán las profundas diferencias entre su régimen y el aplicable a los actos administrativos, fundamentalmente en lo que hace a publicidad, extinción, protección jurisdiccional, jerarquía, retroactividad, etc.

9. EL CONTENIDO EXORBITANTE DEL RÉGIMEN APLICABLE AL ACTO ADMINISTRATIVO

En los sistemas afiliados a la llamada concepción del "régimen administrativo" la principal consecuencia que se desprende del ejercicio de la función materialmente administrativa, por parte de los órganos estatales, se traduce en la instauración de un régimen exorbitante del Derecho Privado.

Pero ese régimen, tal como se ha explicado antes, no se integra exclusivamente con las prerrogativas de poder público (que encuentran fundamento en los fines de bien común que el Estado persigue y en la necesidad de satisfacerlos de un modo inmediato), sino que también se halla constituido por un conjunto de garantías y poderes jurídicos que el ordenamiento le concede al particular o administrado como un modo de armonizar el bien común con el interés privado y compensar así los poderes jurídicos atribuidos.

10. SÍNTESIS: NOCIÓN CONCEPTUAL. ¿EXISTE ALGÚN CRITERIO POSITIVO EN EL ORDEN NACIONAL?

Lo dicho hasta aquí permite efectuar una recapitulación acerca del concepto de acto administrativo, el cual puede ser descripto como *toda declaración de un órgano estatal, en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbi-*

39 LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, pág. 65.

tante, que produce efectos jurídicos individuales, en forma directa, con relación a los administrados o terceros destinatarios del acto.

En el orden nacional, la LNPA ha reglado diversos aspectos del régimen del acto administrativo a través de normas que constituyen un verdadero derecho sustantivo o de fondo.

No obstante, la legislación nacional no ha recogido ninguna definición de acto administrativo en una postura que ha de estimarse acertada, en cuanto tal tarea compete a la doctrina, no obstante reconocer que en nuestro país ella no ha alcanzado la coherencia que posee —por ejemplo— en la doctrina francesa.

De distintas disposiciones de la LNPA se desprenden algunas consecuencias en punto a la noción positiva, tales como:

(a) el hecho de no haber extendido su ámbito de aplicación a la actividad materialmente administrativa de los otros poderes del Estado da pie para interpretar que adopta, en principio, un criterio subjetivo [40].

Pero aun dentro de dicha concepción, el concepto de función administrativa puede concebirse en sentido material u objetivo. El acto administrativo sería, de acuerdo con el criterio legal, el producto de la función materialmente administrativa del Poder Ejecutivo y sus entidades jurídicamente descentralizadas.

(b) en cuanto a la estructura (unilateral o bilateral) del acto, la ley se inclina por el criterio restringido ya que estatuye que sus disposiciones se aplicarán a la materia contractual en forma directa [41], por otra parte, al reglar el requisito "competencia", considera a la Administración como único sujeto emisor del acto [42].

(c) en lo concerniente al alcance individual o general del acto administrativo la LNPA, no obstante que parece prescribir el criterio de mayor amplitud conceptual, comprendiendo, también, a los actos de alcance general, regula separadamente normas específicas para este tipo de actos (v.gr. en materia de publicidad) [43].

40 Art. 1°, LNPA, que estatuye la aplicación de sus normas a la Administración Pública Nacional, centralizada o descentralizada, inclusive entes autárquicos... aunque ello no excluye la aplicación subsidiaria a la actividad administrativa de los órganos legislativos y judiciales.

41 Art. 7°, *in fine*, LNPA con las modificaciones introducidas por el decreto 1023/2001 (BO, del 16-VIII-2001) dictado en ejercicio de las facultades delegadas por ley 25.414.

42 Cfr. CABRAL, Julio E., "El acto administrativo y sus elementos esenciales", ED, t. 42, pág. 847.

43 Art. 11, LNPA.

Pero las circunstancias apuntadas no dejan de justificar el empleo de la noción de acto administrativo en sentido técnico, de acuerdo con la concepción que se ha desarrollado precedentemente, cuya principal utilidad reposa en la conveniencia de aplicar los principios y normas que regulan en forma homogénea el acto administrativo, concebido como producto de la actividad materialmente administrativa, sin importar el órgano del Estado que la desarrolla [44].

Ello permite diferenciar claramente el régimen de este tipo de actividad de aquellos actos que dicte la Administración, tanto en ejercicio de la actividad materialmente legislativa (reglamentos) o de la actividad materialmente jurisdiccional (actos jurisdiccionales de la Administración), como de aquellos actos, cuyo contenido u objeto aparece reglado por el Derecho Civil o Mercantil (actos de objeto privado de la Administración).

Sección 2ª

LOS REGLAMENTOS

1. EL CONCEPTO DURANTE EL CONSTITUCIONALISMO Y LA ÓPTICA REALISTA

La concepción jurídica de reglamento se cristalizó a partir del proceso constitucionalista como consecuencia de la aplicación del

44 La tendencia jurisprudencial viene inclinándose hacia la adopción de la corriente objetiva. En dicha línea, se ha establecido que corresponde aplicar en el ámbito del Senado de la Nación, por analogía, las normas de la LNPA no obstante no hallarse incluido expresamente en los términos del art. 1° de dicha ley (cfr. CCont. Adm. Federal, Sala IV, "González, Claudio Luis c/ Estado Nacional - Honorable Senado de la Nación s/ juicio de conocimiento", causa 28.089, de fecha 2-VII-1992; que siguió la jurisprudencia de la Sala III del citado fuero, *in re* "Llanes, Carlos Alberto c/ Estado Nacional - Congreso de la Nación s/ ordinario", de fecha 2-XI-1982); véase también sobre el punto: SORIA, Daniel F., "Control judicial de los actos administrativos del órgano legislativo", LL, t. 1988-B, pág. 580 y sigs. En cuanto al reconocimiento de la actividad administrativa del Poder Judicial el caso que presenta mayor relieve doctrinario es el resuelto por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la causa: "Villar de Puenzo, Leticia C. c/ Provincia de Buenos Aires" de fecha 20-II-1984, publicado en LL, t. 1984-D, pág. 141 y sigs., con lúcido comentario de Carlos Manuel Grecco. Allí se sostuvo, entre otras cosas, que la función administrativa debe apreciarse con independencia de la órbita del poder al que pertenezca el órgano, correspondiendo considerar que los jueces son autoridad administrativa cuando actúan en ejercicio de la función administrativa en sentido material.

principio de separación de los poderes. Dentro del esquema del siglo pasado, la ley formal y material tenía primacía absoluta en todos los casos sobre el reglamento, ya que traducía la expresión de la voluntad general a la que se le adjudicaba el carácter de soberana. La actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo se consideraba parte de la función de ejecutar las leyes. Por esta causa, se sostuvo la tesis de que el reglamento era el producto de la función ejecutiva o administrativa.

Pero el crecimiento de las funciones del Poder Ejecutivo, operado en nuestro tiempo, ha provocado el surgimiento de otras formas jurídicas de expresión de la actividad reglamentaria, tales como los reglamentos delegados primero y, más tarde, los llamados reglamentos autónomos, desplazando la vigencia del principio que limitaba la actividad de la Administración Pública a la ejecución de la ley formal.

Desde la óptica realista, los reglamentos traducen el ejercicio de la actividad legislativa, en cuanto son actos unilaterales de la Administración que crean normas jurídicas generales y obligatorias, operando sus efectos en el plano externo a través de la regulación de situaciones impersonales y objetivas.

Si lo que realmente define su esencia o naturaleza es el hecho de la creación, modificación o extinción de normas de alcance general, es evidente que el reglamento es acto de legislación [45] y no acto administrativo [46].

Pero en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos el reglamento aparece considerado como acto administrativo de alcance general (art. 24, LNPA), siguiendo la opinión de la fuente doctrinaria según la cual el reglamento es producto de la función administrativa [47].

Sin embargo, si se examina en su integridad el sistema de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, se advierte la configuración de regímenes jurídicos distintos, en cuanto atañe a publici-

45 Cfr. LINARES, Juan F., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, pág. 205, Buenos Aires, Astrea, 1975; XIFRA HERAS, Jorge, *Formas y Fuerzas Políticas*, pág. 270, Barcelona, 1970. Linares llega a sostener que aun cuando no fuera considerado acto de legislación sus caracteres tornan que sea desacertado considerarlo un acto administrativo.

46 CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, pág. 101 y sigs., 2ª ed., Abeledo-Perrot. El reconocimiento de una diferente categoría jurídica para el reglamento no impide aplicar algunas disposiciones del régimen del acto administrativo (v.gr. elementos, nulidad y vicios).

47 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 237, y del mismo autor, "El acto administrativo general: el reglamento", JA, año 1974, sec. doctrina, pág. 171.

dad, silencio, extinción, etc. [48]. Esto acontece porque, si bien técnicamente el reglamento no es una ley, al participar de sus caracteres esenciales, posee un régimen jurídico similar a raíz de que es producto de la actividad materialmente legislativa [49].

2. DIFERENCIAS ENTRE EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL REGLAMENTO

Las diferencias entre el régimen jurídico del reglamento y el que corresponde al acto administrativo [50] comprenden los siguientes aspectos fundamentales:

A) La prelación jerárquica del reglamento y la imposibilidad de establecer excepciones singulares y concretas

Uno de los principios más importantes del Derecho Administrativo anterior a la Revolución Francesa era el denominado de la "inderogabilidad singular del reglamento" [51]. Durante el derecho regio, la forma jurídica que instrumentaba las normas de alcance general que emitía el monarca o príncipe, no podía derogarse para los casos particulares a través del dictado de actos de excepción.

Esta regla halla su fundamento en el principio de igualdad ante la ley [52], que proclama el art. 16 de la Const. Nac. y que es de estricta aplicación en materia reglamentaria.

A raíz de la prelación jerárquica, el acto administrativo, que por su naturaleza es concreto y de alcance individual, debe adaptarse a la normativa general que prescriba el reglamento [53].

De este principio se desprenden consecuencias que hacen al régimen jurídico del reglamento, a saber:

1) la misma Administración no puede derogar singularmente, por un acto administrativo, un reglamento, ya fuere éste de ejecución, delegado, autónomo o de necesidad o urgencia;

48 Cfr. LINARES, Juan F., *op. cit.*, pág. 205.

49 PRAT, Julio E., *Derecho Administrativo*, t. III, vol. 2, pág. 13, Montevideo, 1978.

50 Cfr. BARRA, Rodolfo C., "La potestad reglamentaria de la Administración Pública en el Derecho Argentino", en *La Contraloría General de la República*, págs. 83-84, Santiago de Chile, 1977.

51 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, pág. 271 y sigs., Madrid, 1970.

52 RAINAUD, Jean M., *La Distinction de l'Acte Réglamentaire et de l'Acte Individuel*, pág. 83 y sigs., Paris, 1966.

53 CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, 2ª ed., pág. 105.

2) el órgano administrativo superior puede derogar el reglamento del órgano inferior o modificarlo mediante otro acto de alcance general, si posee competencia y potestad reglamentaria [54];
3) el órgano administrativo superior que carece de potestad reglamentaria puede derogar un reglamento del órgano inferior, de oficio o al resolver el recurso jerárquico [55], donde se cuestione el reglamento. Pero nunca puede dictar un acto administrativo de excepción que no se ajuste al reglamento, ya que ello violaría la garantía de la igualdad ante la ley [56].

Por otra parte, no resulta necesario, como principio general, el dictado de reglamentos previos por parte de la Administración para que ésta pueda emitir actos administrativos de alcance individual [57], ya que muchas veces para que la ley se cumpla no se precisa el dictado de reglamentos.

La prohibición de alterar o violar un reglamento mediante el dictado de un acto administrativo ha sido reiteradamente señalada por la Procuración del Tesoro de la Nación, quien la funda en la necesidad de observar el principio de legalidad [58].

B) El régimen de publicidad

La técnica de publicidad a que está sometido el reglamento difiere de la prescripta para el acto administrativo. El reglamento adquiere vigencia, por principio, mediante la publicación, ya que al trasuntar el ejercicio de la función materialmente legislativa, se torna imprescindible el cumplimiento de un postulado constitucional básico en todo estado de derecho: la igualdad ante la ley (art. 16 de la Const. Nac.). En cambio, el acto administrativo —que posee siempre alcance individual— cobra publicidad a través de la notificación, la cual, en principio, debe realizarse en forma personal y fehaciente. La dis-

54 RAINAUD, Jean M., *op. cit.*, pág. 90.

55 RAINAUD, Jean M., *op. cit.*, págs. 90-91.

56 La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que el principio de la igualdad ante la ley rige en materia reglamentaria, si bien lo vinculó a la exigencia de publicidad (*Fallos*, 191:142 y sigs.).

57 RAINAUD, Jean M., *op. cit.*, pág. 97 y sigs., analiza el principio opuesto en la doctrina y jurisprudencia francesa, aun cuando admite excepciones (págs. 102-103) cuando la ley no se pronuncia acerca de la necesidad de un reglamento previo. Según Reinaud, el reglamento previo contribuye a dotar de automatismo a las decisiones que deben adoptar los diversos escalones administrativos.

58 *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, nro. 4, pág. 84, y dictámenes de dicho órgano asesor que obran en t. 34, pág. 201; t. 87, pág. 145; t. 97, pág. 241; t. 100, pág. 191; t. 102, pág. 213 y t. 114, pág. 495.

tinta modalidad que implica el régimen de publicidad entre el acto administrativo y el reglamento ha sido reconocida tanto por la doctrina nacional [59] como comparada [60], encontrándose incorporada al ordenamiento vigente en el orden nacional [61] y provincial [62].

De las diferencias apuntadas en el régimen de publicidad surge que las personas físicas o jurídicas que hubieran tomado conocimiento de un acto administrativo, aun sin hallarse notificados, pueden pedir su aplicación. Tal posibilidad no existe en relación a los reglamentos en razón de la desigualdad que se generaría con quienes no hubieran tenido la oportunidad de conocer sus disposiciones, lo cual sería violatorio del principio constitucional de la igualdad ante la ley (art. 16, Const. Nac.). Por esta causa, la última parte del art. 11 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, que reconoce la facultad, a favor de quien conozca el contenido de un reglamento antes de su publicación, de pedir la aplicación del mismo, debe reputarse inconstitucional [63].

C) Otras diferencias entre el régimen del reglamento y el del acto administrativo

En materia de extinción, los reglamentos participan del mismo régimen que las leyes en el sentido de que ningún derecho adquirido puede impedir su derogación. Lo contrario importaría tanto como postular la total inmovilidad del derecho objetivo en materia reglamentaria. Los reglamentos son, por tanto, esencialmente revocables en sede administrativa, principio que resulta opuesto al que rige los actos administrativos que, en principio, gozan de estabilidad [64].

59 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 339-340.

60 RIVERO, Jean, *op. cit.*, págs. 92-93; PRAT, Julio E., *op. cit.*, pág. 14, apunta que si bien esta diferencia es obra de la doctrina y la jurisprudencia tiene actualmente en Uruguay base constitucional (art. 317, ap. 1°).

61 Art. 11, LNPA.

62 Córdoba, ley 5350 (art. 98); La Pampa, ley 951 (art. 54); Salta, ley 5348 (art. 102); Mendoza, ley 3909 (art. 105).

63 La limitación que formula al respecto el art. 11, *in fine*, de la LNPA en cuanto permite que los administrados pidan el cumplimiento del reglamento antes de su publicación *en la medida en que no resultaren perjuicios para terceros*, no legitima la violación del orden jurídico constitucional ya que la desigualdad no requiere para su consumación la existencia de un perjuicio en quien la invoque.

64 LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, pág. 293; RAINAUD, Jean M., *op. cit.*, pág. 121 y sigs.; RIVERO, Jean, *op. cit.*, pág. 94, Paris, 1968; PRAT, Julio E., *op. cit.*, t. III, vol. 2, pág. 14.

De ese modo, el sistema de revocación que contienen las normas de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos sólo se aplica a los actos administrativos (de alcance individual) [65].

Tampoco se aplican a los reglamentos las disposiciones sobre silencio administrativo (por su propia naturaleza pues no puede haber actos generales tácitos de denegatoria) [66], ni las normas que se refieren a la intervención previa del administrado en el proceso de formación del acto administrativo (debido proceso adjetivo) [67].

En materia de protección jurisdiccional también el respectivo régimen acusa diferencias en punto a la situación legitimante del titular del derecho o interés legítimo, pues, al menos en el orden nacional [68] y en algunos códigos procesales contencioso-administrativos de las provincias [69] se consagran requisitos especiales para la impugnación judicial directa de los reglamentos.

La antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Nación, que había negado en algunos casos la protección jurisdiccional de los administrados que impugnaban ante la justicia directamente reglamentos ilegítimos, en base al argumento de que en virtud de su contenido general no existía "gravamen actual" [70] fue superada por las normas de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos que admiten la impugnación judicial directa del reglamento (arts. 24, inc. a] y 30, LNPA, con las modificaciones de la ley 21.686) [71].

65 Arts. 17, 18 y 21 de la LNPA, con las modificaciones introducidas por la ley 21.686.

66 Cfr. LINARES, Juan F., *op. cit.*, pág. 205.

67 Art. 1°, inc. f), LNPA.

68 Arts. 24, LNPA, que prescribe la impugnación judicial del reglamento en dos supuestos: a) cuando un interesado a quien el acto afecta o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos haya formulado reclamo contra la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere algunos de los supuestos previstos en el art. 10 (silencio o ambigüedad de la Administración Pública), y b) cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieran agotado sin éxito las instancias administrativas. Al respecto, hemos sostenido que el derecho subjetivo que se requiere puede también subyacer en la titularidad de la relación jurídica afectada o susceptible de afectarse (cfr. "La impugnación judicial de reglamentos", LL, 1979-C, pág. 721). No se requiere la configuración de perjuicio, pues la norma no lo exige.

69 Código Procesal Contencioso Administrativo de La Pampa, art. 15.

70 *Fallos*, 242:496; 252:130 y precedentes anteriores.

71 Opinión que sostuvimos anteriormente (cfr. CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, 2ª ed., págs. 102-103).

Sección 3ª

OTROS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. LOS ACTOS INTER-ORGÁNICOS

La actividad inter-orgánica es aquella que vincula a dos o más órganos de la Administración integrantes de una misma persona pública estatal. Lo esencial del acto inter-orgánico es que no produce efectos jurídicos directos con relación a los administrados, operando sólo en el plano interno de la persona pública estatal. Por esa causa, tampoco forman parte de esta categoría jurídica los llamados actos inter-administrativos, los cuales por generar relaciones entre sujetos estatales, trascienden el ámbito interno de la relación intra-órganos, aun cuando asuman una tipicidad peculiar en comparación con el acto administrativo.

Tratándose de la actividad interna de la Administración carece de importancia toda categorización acerca del alcance individual o general de los actos emitidos, pues los mismos poseen, esencialmente, el mismo régimen jurídico. Esto es así por cuanto, técnicamente, no puede concebirse la función legislativa (en sentido material) para regular normas generales en el círculo interno de competencia de los órganos integrantes de una persona jurídica pública estatal por faltarle el dato de la juridicidad externa.

Con todo, trátase de una actividad que siempre es jurídica [72] y que se caracteriza por un régimen especial, influido por el principio de unidad de acción. Este principio es de imprescindible vigencia en toda organización administrativa puesto que en el seno de una entidad no puede admitirse la existencia de voluntades contrapuestas o la mera acción contradictoria de los órganos estatales, en el campo de la llamada Administración activa.

No obstante que algún sector doctrinario ha formulado críticas al reconocimiento de esta categoría de actos [73] lo cierto es que la ac-

72 SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 111, Montevideo, 1963.

73 GORDILLO, Agustín A., *El Acto Administrativo* 2ª ed., pág. 59. Sin embargo, en otro trabajo el autor se ocupa de este tipo de relaciones atribuyéndoles notas peculiares en su régimen jurídico (cfr. GORDILLO, Agustín A., *Procedimiento y Recursos Administrativos*, pág. 135 y sigs.). La realidad demuestra que el régimen acusa distinciones (v.gr. régimen de publicidad).

tividad interna o inter-orgánica de la Administración presenta rasgos distintos en relación con el régimen jurídico de los actos administrativos, hecho que justifica su aislamiento conceptual. Así, tanto en la doctrina nacional [74] como en la extranjera [75] se ha postulado la existencia de los actos internos de la Administración (a los cuales suele atribuirse el nombre de "actos de la Administración") entendiendo que son aquellos cuyos efectos repercuten directamente en órganos de una misma persona pública estatal.

Las relaciones inter-orgánicas a que dan origen los actos internos de la Administración se clasifican de este modo: a) de colaboración (ej.: propuestas); b) de conflicto (ej.: cuestiones de competencia); c) de jerarquía (ej.: circulares e instrucciones); d) consultivas (ej.: dictámenes); e) de control.

A este tipo de relaciones jurídicas se les aplican supletoria o analógicamente (según sea el caso) las normas y principios que informan el régimen del acto administrativo, con las siguientes peculiaridades:

a) no rige en toda su dimensión el carácter de la ejecutoriedad, salvo en las relaciones donde existe, además, vinculación jerárquica, pues ningún órgano, fuera de la relación jerárquica, posee poderes respecto de otro para disponer el cumplimiento coactivo del acto.

b) tampoco se aplica el principio de la estabilidad del acto administrativo habida cuenta de que no puede concebirse que los órganos de una misma persona pública estatal posean, en plenitud, derechos subjetivos o intereses legítimos susceptibles de contraponerse al propio ente estatal que integran.

c) su régimen de publicidad los distancia tanto de los actos administrativos como de los reglamentos, puesto que no se requiere ni la notificación personal (cuando se trata de un acto cuyo alcance se restringe a uno o varios órganos individualizados) ni tampoco la publicación (cuando el alcance es general respecto de todos o un grupo de órganos) [76]. Basta con el mero

74 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 120 y sigs.; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. II, págs. 488-490.

75 RIVERO, Jean, *op. cit.*, págs. 98-99, Paris, 1977; FOLIGNO, Dario, *L'Attività Amministrativa*, pág. 99, Milán, 1966; SILVESTRI, Enzo, *L'Attività Interna della Pubblica Amministrazione*, pág. 15 y sigs., Milán, 1950; ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. I, págs. 269-270; GARCÍA TREVIJANO FOS, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 191 y sigs., Madrid, 1967.

76 Art. 104 del RLNPA. En la doctrina española véase: GARRIDO FALLA, Fernando,

conocimiento que hubiera adquirido el órgano acerca del contenido de la circular, orden, instrucción, etc.

d) son irrecurribles, en principio, ante los tribunales judiciales excepto cuando afecten el *status* jurídico del funcionario o empleado público, tal como ocurriría con una circular que estatuyera un horario arbitrario e irrazonable.

e) tampoco son susceptibles de impugnación, en principio, ante las autoridades administrativas [77], lo cual reconoce algunas excepciones:

A) Conflictos de competencia

En el procedimiento administrativo se acepta que los órganos asuman la defensa de sus atribuciones en aquellos casos en que ellas resultaren negadas o desconocidas por el superior jerárquico u otro órgano que pretenda arrogarse una competencia que no le corresponde.

B) Actos de control

Cuando el control se lleva a cabo por un órgano no vinculado jerárquicamente sus actos pueden ser recurridos en sede administrativa, cuando adolezcan de nulidad.

C) Actos que afectan derechos de los agentes públicos

En determinados casos, se admite que el funcionario o empleado público pueda deducir recursos, en sede administrativa, impugnando por razones de ilegitimidad los actos internos que agravien su *status* jurídico, situación en la cual el agente público no actúa como órgano del Estado sino como persona física [78].

Tratado de Derecho Administrativo, t. I, pág. 278, Madrid, 1968. En las órdenes o instrucciones de servicio impartidas por un órgano superior a otro que le está subordinado, la forma verbal tiene una de sus manifestaciones más frecuentes (cfr. fallo de la Sala III, CNac. Apel. Cont. Adm. Fed., del 16 de abril de 1985, *in re*, "Cambios Teletur SA c/ Banco Central, s/ ordinario").

77 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, págs. 127-128. Tampoco son impugnables en sede judicial, véase: SORIA, Daniel F., "Los actos administrativos de trámite equiparables a definitivos y su impugnabilidad judicial", LL, t. 1990-C, pág. 947.

78 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, págs. 127-128.

2. LOS ACTOS QUE VINCULAN SUJETOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (ACTOS INTER-ADMINISTRATIVOS)

La creación de distintas entidades descentralizadas a las cuales el ordenamiento les atribuye personalidad jurídica ha traído como consecuencia la aparición de complejas cuestiones relativas a la proliferación de las relaciones que vinculan entre sí a las personas públicas estatales, las cuales no fueron objeto de estudio por parte de la doctrina hasta hace relativamente poco tiempo [79].

Por relación jurídica inter-administrativa hay que entender aquella que vincula a dos o más personas públicas estatales ya se trate del Estado en sentido lato (Nación o provincia) o de cualquiera de las personas jurídicas públicas estatales que constituyen entidades descentralizadas, poseedoras de personalidad jurídica propia.

La característica peculiar que tiene esta clase de relaciones se desprende de un principio que constituye uno de los pilares de la actuación estatal, vinculándose a la necesidad de respetar la unidad del poder, dentro de cada esfera de gobierno.

De este principio de unidad en la acción estatal dimana la virtual eliminación de todo enfrentamiento o controversia entre sujetos estatales, para lo cual resulta imprescindible la relativización de su personalidad, por una parte, y la inaplicabilidad, según el caso, de las prerrogativas de poder público en este tipo de relaciones inter-administrativas.

A una similar conclusión corresponde arribar apoyándose en los principios y normas de la Constitución Nacional en los dos tipos de relaciones que pueden darse, a saber:

a) relaciones entre entidades estatales pertenecientes a una misma esfera de gobierno (v.gr. entre entidades nacionales o federales);

b) relaciones entre distintas esferas de competencia constitucional (v.gr. entre entidades nacionales y entidades pertenecientes a las provincias).

En el primer caso de acuerdo al principio que emerge del art. 99, inc. 1° de la Const. Nac. no puede admitirse —por ejemplo— que una entidad autárquica nacional ejerza sus prerrogativas de poder públi-

79 SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 589 y sigs.; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 121 y sigs., del mismo autor "Administración Pública. Actividad inter-orgánica. Relaciones inter-administrativas", JA, t. 1962-III, pág. 77, sec. doctrina. MÉNDEZ, Aparicio, *Las Relaciones Jurídicas Inter-Administrativas*, Montevideo, 1953; CASSAGNE, Juan C., "Las relaciones inter-administrativas", ED, t. 36, pág. 927.

co sobre el Estado Nacional, ni que este último tenga necesidad de poner en ejecución, contra aquéllas, poderes jurídicos exorbitantes. En tales supuestos, debe respetarse la posición del órgano Ejecutivo que tiene adjudicada la jefatura de Gobierno que incluye la Jefatura de la Administración Pública, el cual, por principio, conserva un amplio control sobre las entidades descentralizadas que funcionan en su esfera de gobierno, en lo que atañe a sus relaciones con la Administración Central.

Tampoco se concibe, en las relaciones inter-administrativas que se configuran en una misma esfera de competencia constitucional, la vigencia de aquellos principios propios del acto administrativo que se han establecido para garantía y protección de los derechos de los administrados, puesto que no cabe reconocer, en principio, que los derechos subjetivos de las entidades descentralizadas tengan primacía sobre el Estado, a cuya administración indirecta pertenecen.

3. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS INTER-ADMINISTRATIVOS

La relativización de la personalidad jurídica y la superación de las formas privadas que las entidades estatales pueden asumir conduce a la configuración de un especial sistema de solución de conflictos inter-administrativos.

De acuerdo al criterio que en su oportunidad expusimos [80], se torna necesario distinguir dos tipos de controversias, lo cual halla su basamento en el sistema constitucional adoptado y en la experiencia jurisprudencial (administrativa y judicial) de la que puede extraerse, en sus grandes líneas, una notable unidad —no obstante que todavía subsisten algunos conceptos dispares—, como rémora de anteriores concepciones, hoy día superadas [81].

A) Controversias entre entidades estatales que actúan en una misma esfera de competencia constitucional

El conflicto inter-administrativo puede producirse tanto en el orden nacional como en el ámbito de una provincia. Si la controversia se da —por ejemplo— entre el Estado Nacional y una de sus entidades jurídicamente descentralizadas, la resolución del mismo

80 CASSAGNE, Juan C., "Las relaciones inter-administrativas", ED t. 36, pág. 927 y sigs.

81 ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Descentralización y Planificación*, págs. 134-135, Madrid, 1972.

compete al Poder Ejecutivo por aplicación del principio que fluye del art. 99, inc. 1° de la Const. Nac. Lo propio acontece en el ámbito de cada provincia en lo que concierne a la competencia del órgano gobernador.

Por su parte, en el orden nacional, la LNPA (modificada por la ley 21.686) regla lo atinente a las cuestiones de competencia que se suscitan entre entidades estatales descentralizadas prescribiendo que cuando ellas ejercen su actividad en la órbita de distintos ministerios la atribución para resolver el conflicto compete al Poder Ejecutivo [82]. En cambio, cuando las entidades actúan en la esfera de un mismo ministerio, es a él a quien corresponde la resolución de la cuestión de competencia [83], solución, esta última, criticada por la doctrina en razón de que desvirtúa los principios de la descentralización administrativa [84].

Pero no obstante que el principio general aplicable a la solución de este tipo de controversias inter-administrativas deriva de la propia Constitución, el ordenamiento positivo ha establecido que tratándose de conflictos de esas características que versen sobre "reclamaciones pecuniarias de cualquier naturaleza" el órgano competente para resolverlas es el Poder Ejecutivo o el procurador del Tesoro de la Nación, según el monto [85]. Y si bien la ley 19.983 se limita a señalar las reclamaciones que se entablan entre personas públicas estatales (entidades autárquicas, empresas del Estado y Municipalidad de la Capital Federal), hay que extender el mismo criterio de solución cuando se trata de entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada, en las que el Estado conserve su poder de decisión, pues en tal caso se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal de la propiedad, el gobierno y dirección de la entidad, situación que justifica, para estos supuestos, la relativización de los conceptos tradicionales sobre la personalidad privada de esta especie de sujetos del Estado [86].

82 CNac. Cont. Adm. Fed., Sala II, 4-VI-1991, "UBA c/ PEN s/ juicio de conocimiento". En el mismo, la Cámara sostuvo que cuando el caso atañe a personas públicas estatales, la cuestión excede la órbita del Poder Judicial, ya que se está ante un conflicto inter-administrativo, y deberá ser resuelto de acuerdo al art. 4° de la LNPA.

83 Ley 19.549, art. 4°.

84 CASSAGNE, Juan C., "La ley nacional de procedimientos administrativos 19.549", ED, t. 42, pág. 839; en el mismo sentido: DOCOBO, Jorge José, "La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", JA, nro. 4027, de fecha 4-V-1973, pág. 8, sec. doctrina.

85 Ley 19.983, art. 1°.

86 A la misma conclusión —aunque con distintos fundamentos— se arribó en el caso "Elma c/ Gobierno Nacional (ANA)", fallo del Juzgado Nac. de Primera Inst. en lo Cont.

Volviendo al punto de partida estimamos que, en principio, no puede aceptarse la posibilidad de que los tribunales judiciales conozcan en esta clase de conflictos [87], no sólo en los supuestos prescriptos por el derecho positivo sino con carácter general, en virtud del fundamento constitucional apuntado, reconocido por una antigua y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [88].

B) Conflictos entre personas públicas estatales pertenecientes a diferentes esferas de gobierno

Cuando la controversia se plantea entre entidades pertenecientes a distintas esferas de gobierno constitucional (v.gr. entre una entidad autárquica nacional y la Provincia de Buenos Aires) el órgano con competencia originaria y exclusiva para dirimirlo es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por aplicación del art. 117 (ex 101) de la Const. Nac. Así lo reconoce una arraigada jurisprudencia de la Corte [89].

Se ha sostenido que en atención a que el art. 117 (ex 101) de la Const. Nac. es como una prolongación del art. 116, establece un criterio que tiene por base para determinar la competencia originaria y exclusiva de la Corte los asuntos que corresponden genéricamente a la jurisdicción federal de acuerdo al art. 116 (ex 100) de la Const. Nac., esa jurisprudencia no es correcta dentro de una adecuada interpretación constitucional de tales preceptos [90].

Pensamos lo contrario. En primer término porque cuando el art. 117 de la Const. Nac. enuncia los casos en que es parte una provincia no establece ninguna limitación y no se refiere a los casos que corresponden a la jurisdicción federal prescriptos en el art. 116. En segundo lugar, porque pensamos que en estas situaciones, que provocan verdaderos enfrentamientos entre prerrogativas y pretensiones —por ejemplo— entre una entidad autárquica nacional y una entidad pro-

---

Adm. Fed. a cargo del doctor Juan Octavio Gauna, ED, t. 79, pág. 326 y sigs.; véase el comentario a este fallo de BARRA titulado "Conflictos inter-administrativos, competencia del poder judicial y naturaleza jurídica de las sociedades estatales", ED, t. 79, pág. 324 y sigs.

87 La CNac. de Apelaciones en lo Cont. Adm. Federal, Sala III, declaró de oficio la falta de jurisdicción para conocer en un conflicto inter-administrativo (en el caso "YPF c/ ANA" del 5-VI-1988, *Régimen de la Administración Pública,* nro. 128, pág. 158).

88 *Fallos*, 120:58; 251:492; 220:1246; 272:299, entre otros.

89 *Fallos*, 249:165; 250:205; 265:297, entre otros.

90 BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho Constitucional del Poder*, t. II, pág. 394 y sigs.; Buenos Aires, Ediar, 1967, y del mismo autor "La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia", ED, t. 18, pág. 761.

vincial, se halla en juego el sistema equilibrado de poderes y jurisdicciones (federal y provincial) que estatuye la Constitución, aparte de ser mayor la importancia institucional del conflicto que en los supuestos mencionados en el art. 116 de la Const. Nac., en que fuere parte una provincia.

En conclusión, la competencia para dirimir el conflicto en que el Estado nacional (o alguna de sus entidades jurídicamente descentralizadas) y una o más provincias (o alguna de sus entidades descentralizadas) o de las provincias entre sí, corresponde a la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte.

4. IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE MULTAS EN LAS RELACIONES INTER-ADMINISTRATIVAS

Si se tiene en cuenta que las entidades descentralizadas reconocen su origen en un acto de creación estatal por cuyo mérito se las dota de un patrimonio afectado al cumplimiento de fines de bien común y si, además, se repara que por efecto del principio de unidad de acción del Estado, en su conjunto, las relaciones entre los sujetos pertenecientes a una misma esfera de gobierno (v.gr. Estado nacional) son relaciones de coordinación y de colaboración donde, en principio, se hallan ausentes los poderes jurídicos exorbitantes, no cabe sino concluir en la improcedencia de la aplicación de sanciones en este tipo de vínculos inter-administrativos.

Hemos dicho antes que pese a las diferentes personalizaciones que adopta el Estado, en realidad no es más que una sola persona y un solo poder [91] y si el Poder Ejecutivo conserva sus prerrogativas de control de tutela, teniendo atribuciones para resolver cualquier tipo de controversia y para hacer efectiva incluso la responsabilidad de los funcionarios directivos en sede administrativa a través de su remoción, no se concibe la aplicación de multas de ninguna especie entre entidades estatales.

Sin embargo, ésta no es aún una doctrina seguida totalmente por la jurisprudencia administrativa y judicial.

En el ámbito administrativo, la Procuración del Tesoro de la Nación ha distinguido, en punto a la procedencia de las multas inter-administrativas, aquellas que poseen naturaleza penal de las que revisten carácter civil. A las primeras no se las acepta, en virtud de que

[91] CASSAGNE, Juan C., *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo*, pág. 80, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.

su imposición perturbaría un patrimonio de afectación exclusiva que no ha sido destinado a hacer frente a sanciones impuestas por otros órganos [92]. En cambio, cuando se trata de aplicación de sanciones a entidades descentralizadas por parte del Estado nacional basadas en un incumplimiento contractual, se ha aceptado su procedencia [93].

Esta doctrina postula que en los supuestos de incumplimiento contractual, donde se hubiera acudido a la licitación pública, las entidades co-contratantes carecen de aquellos privilegios que no tienen justificación fuera de la órbita estrictamente administrativa [94].

No compartimos esa postura, aparte de las razones ya expuestas con carácter general, por las siguientes:

a) si el Poder Ejecutivo es, en definitiva, quien debe resolver la reclamación pecuniaria de naturaleza inter-administrativa (art. 99, inc. 1°, Const. Nac. y ley 19.983) no tiene sentido conceder un poder sancionatorio unilateral que luego no podrá ejecutarse por vía judicial;

b) puede llegar a afectarse la propia jerarquía administrativa cuando el poder sancionatorio sea ejercido contra órganos de la Administración central, creando verdaderas situaciones de anarquía, con grave afectación del principio de unidad de acción;

c) carece de sentido que el Estado y sus entidades puedan aplicarse recíprocamente sanciones habida cuenta que, superando las formas jurídicas, sería como aplicarse una sanción a sí mismo;

d) en este tipo de relaciones no se está nunca fuera de la órbita administrativa sino dentro o vinculando a dos órbitas o ámbitos, razón por la cual la relación resulta inter-administrativa y como tal no asimilable a las relaciones entre los particulares y el Estado.

Igual suerte debe correr el argumento emergente de algunos pronunciamientos judiciales [95] que recogen la doctrina elaborada

92 *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 59, pág. 56; t. 79, pág. 153; t. 81, pág. 65; t. 97, pág. 60.

93 *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 88, pág. 73; t. 99, pág. 337; t. 104, pág. 7; y en el caso registrado en la revista del mismo nombre nro. 6, pág. 11 y sigs., Buenos Aires, 1974.

94 *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 99, pág. 337.

95 CNac. Fed., Sala I, Cont. Adm. en el caso "Elma c/ Gobierno Nacional (ANA)" al revocar la sentencia de 1ª instancia del juez Gauna que, a nuestro juicio, había adoptado la conclusión correcta con algunas diferencias con la doctrina que exponemos pues allí se sostuvo la tesis del carácter público estatal de las sociedades del Estado con lo cual no estamos de acuerdo (ED, t. 79, pág. 323 y sigs.).

por la Procuración General de la Nación, la que pretende distinguir entre la revisión judicial del acto de imposición de una multa y la ejecución de ésta [96].

Tal distinción carece de sentido pues si en definitiva la reclamación pecuniaria inherente a la ejecución de la multa debe ser resuelta por el Poder Ejecutivo en su carácter de jefe de la Administración: ¿qué sentido tiene que el Poder Judicial dicte sentencia antes acerca de su legitimidad? ¿No implica esto un cercenamiento de la propia potestad para resolver la controversia, potestad que tiene, según la Corte, basamento constitucional? [97].

La doctrina sentada por el alto Tribunal en el caso "Caja Nacional de Ahorro y Seguro c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales" [98] permite extraer la "regla general" aplicable para resolver esta cuestión interpretativa por cuanto señala claramente que en materia de reclamaciones pecuniarias inter-administrativas en el orden nacional la ley no ha efectuado distinción o limitación alguna.

Con posterioridad la jurisprudencia se orientó francamente en el sentido de interpretar que el art. 1° de la ley 19.983 impide que el Poder Judicial revise la legitimidad de una multa administrativa impuesta a una persona estatal, aplicando esta doctrina para desestimar la ejecución judicial de esa clase de multas [99] siguiendo de ese modo el criterio que propiciamos en anteriores trabajos [100].

5. EL ACTO INSTITUCIONAL

El acto institucional es producto de la llamada función gubernativa o política y engloba la actividad de los órganos superiores del Estado respecto de aquellas relaciones que hacen a la subsistencia de las instituciones esenciales que organiza la Constitución, tanto en el

96 ED, t. 79, pág. 329, en el fallo citado en la nota precedente, donde se aclara que la ejecución de la sanción sería procedente, empero, tratándose de sociedades del Estado. Por las razones dadas en el texto no aceptamos ni la imposición de multas ni su ejecución en sede judicial, en las relaciones inter-administrativas que se dan en el ámbito nacional, ya sea que se trate de personas públicas estatales o de sociedades privadas del Estado. Esto último, por aplicación de los principios de la superación de las formas jurídicas y de unidad en la acción estatal.

97 *Fallos*, 259:430; 272:299, entre otros.

98 ED, t. 69, pág. 375.

99 *Fallos*, 295:651, y fallo plenario de la CNac. Apel. Cont. Adm. Fed., *in re* "YPF c/ Administración Nacional de Aduanas", de fecha 17-VI-1987.

100 CASSAGNE, Juan C., *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo*, pág. 78 y sigs., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971.

plano de Derecho Público interno como en el concerniente al Derecho Internacional Público.

Los sistemas republicanos, tal como lo demuestra la experiencia comparada [101], parecen no poder subsistir sin esta categoría histórica que permite excluir determinados actos estatales de la revisión judicial.

6. LA CATEGORÍA DEL ACTO INSTITUCIONAL Y EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO

Aunque algunos juristas intuyeron que dentro del grupo de actos tradicionalmente denominados actos de gobierno o políticos, existían determinados actos que tenían un régimen jurídico peculiar caracterizado esencialmente por la imposibilidad de que los mismos fueran irrevisables judicialmente, su sistematización en nuestro país ha sido efectuada recientemente por la doctrina, que opta por asignar a tal categoría de actos la denominación de actos institucionales [102].

Como resultado de ello, al eliminarse prácticamente la existencia de numerosos actos llamados de gobierno, en el sentido que nada los diferencia de los actos administrativos y que son por lo tanto justiciables, se ha reducido el campo de las cuestiones exentas de control judicial, que quedan ahora relegadas a aquellos actos en los que se hallan en juego principios y normas constitucionales vinculadas a la organización y subsistencia del Estado y que carecen de efectos jurídicos directos sobre los particulares o administrados [103].

La aparición de la categoría del acto institucional podría no resultar justificada desde un punto de vista exclusivamente terminológico, pues nadie desconoce que se trata en definitiva de un sector de los actos que antaño se incluían en la noción de acto de gobierno o político, a los cuales se les asigna, en la actualidad, la misma consecuencia: su no justiciabilidad.

101 BRAIBANT, Guy - QUESTIAUX, Nicole - WIENER, Celine, *Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens (Etude Comparative)*, págs. 38 y 284, Paris, 1973.

102 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 755 y sigs. Ver también: BARRAZA, Javier I. - SCHAFRIK, Fabiana H., "Los actos de gobierno y los actos institucionales", en RAP, nro. 237, sec. doctrina, pág. 20 y sigs., Buenos Aires, 1998.

103 En contra: BOFFI BOGGERO, Luis M., *Juristas en Defensa de la Constitución*, pág. 30, Buenos Aires, 1971; VANOSSI, Jorge R., *Régimen Constitucional de los Tratados*, pág. 231, Buenos Aires, 1969, quienes sostienen que el acto institucional ha sido concebido con miras a excluir determinados actos de la revisión judicial.

Sin embargo, a poco que se profundice el estudio de esta nueva categoría jurídica, se advierte su justificación en virtud de razones históricas y metodológicas, además de su fundamentación estrictamente constitucional.

En efecto, la tesis del acto institucional aparece en primer término como consecuencia de la necesidad de independizarla de la teoría del acto de gobierno de la doctrina y jurisprudencia francesas, que responde a un sistema histórico distinto y se aplica en un sistema de control radicalmente opuesto al vigente en nuestro país.

Por otra parte, en el plano metodológico, no puede postularse la insuficiencia doctrinaria de la teoría de los actos de gobierno para lograr un concepto autónomo en base a la distinción entre Gobierno y Administración, y terminar aceptando (aun en forma restringida) una diferenciación entre el acto de gobierno y el acto administrativo que se apoya en consideraciones empíricas y circunstanciales.

El nacimiento de la categoría del acto institucional no traduce una mera discrepancia semántica, sino que hunde sus raíces en la Constitución Nacional, de la cual surge el reconocimiento de una regulación distinta a la correspondiente a los actos administrativos.

7. SU CONCEPTO Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La raíz del acto institucional consiste, en su aspecto teleológico [104], en su estrecha relación con la organización y subsistencia del Estado como consecuencia de una normativa constitucional expresa, que deja al arbitrio de los órganos Legislativo y Ejecutivo del gobierno, el dictado de los pertinentes actos, al propio tiempo que los sujeta, en principio, a un sistema de control político y no judicial.

Característica típica del acto institucional es la circunstancia de que constituye un acto que no produce efectos jurídicos directos en la esfera jurídica de los particulares o administrados [105], operando consecuencias respecto de órganos del Estado [106] (ej.: apertura de sesiones del Congreso) o entidades estatales (v.gr., intervención federal a las provincias) [107].

104 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 757.

105 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, pág. 758.

106 Circunstancia ya advertida en la doctrina francesa para determinados actos de gobierno: VEDEL, Georges, *op. cit.*, pág. 209.

107 Por tales razones su régimen no puede asimilarse al de los actos administrativos, que sí, en cambio, repercuten en forma directa con sus efectos jurídicos en la esfera de terceros (administrados). Su régimen se asemeja más bien al de los actos inter-orgánicos, aunque en un plano distinto: el constitucional.

Como consecuencia de ello, los particulares o administrados carecen de acción para demandar ante la justicia la anulación de tales actos que vinculan esencialmente órganos o entidades estatales, cuya supervivencia definitiva será determinada por otros órganos constitucionales a través del procedimiento que la misma Constitución establece [108].

Los actos institucionales, por mucho que algunos autores se esfuercen por demostrar su asimilación con los actos administrativos, es evidente que no gozan del mismo régimen jurídico de éstos, no pudiendo explicar la doctrina contraria a su admisión cuál es la razón por la cual los jueces no han declarado nunca en nuestro país la invalidez de un acto institucional.

En tal sentido, no creemos que pueda sostenerse que los distintos casos sometidos al juzgamiento de los órganos judiciales hayan sido siempre actos válidos [109], precisamente porque no se ha analizado la posibilidad de decretar su invalidez por un vicio de inconstitucionalidad, confundiendo el juzgamiento de un acto de aplicación (ej.: traslado de detenidos durante el estado de sitio) con el propio acto institucional (que en este caso sería la declaración de estado de sitio que efectúe el Congreso o el Órgano Ejecutivo, según corresponda).

Como nota peculiar del acto institucional la doctrina señala que su emisión es en principio discrecional, pudiéndolo dictar tanto el Órgano Ejecutivo como el Congreso [110].

La teoría del acto institucional halla su fundamento en la propia Constitución y en las vigencias que actúan en su contorno [111]. En nuestro ordenamiento, la traslación a los órganos judiciales de facultades relativas a la extinción o mantenimiento de actos dictados por los órganos Legislativo y Ejecutivo, que versen sobre relaciones que atañen a la organización y subsistencia del Estado (insusceptibles de originar consecuencias jurídicas directas sobre los derechos de los administrados), implica romper el equilibrio del sistema constitucio-

108 Como producto de una norma expresa o de la propia sistemática de la ley fundamental. Véase BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional*, t. I, pág. 94 y sigs., y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Actos administrativos y actos políticos o de gobierno", RDA, nro. 1, pág. 15 y sigs., Buenos Aires, 1989, quien apunta que se trata de actos que no se hallan sujetos al derecho administrativo sino al derecho constitucional, admitiendo el contralor de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional (pág. 25).

109 Como lo afirma GORDILLO, en *El Acto Administrativo*, 1ª ed., pág. 28 y sigs.

110 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 759.

111 Respecto de las vigencias constitucionales, véase BIDART CAMPOS, Germán J., *op. cit.*, t. I, pág. 133 y sigs. En el derecho provincial, el Código de La Pampa ha recepcionado la categoría del acto institucional (art. 3°, inc. a).

nal a favor de los jueces. Como es sabido [112] nuestra Constitución se nutre en la doctrina de la separación de los poderes, cuyo principio fundamental radica en la estructuración de un sistema de equilibrio de frenos y contrapesos, de modo que un poder no quede a merced del otro.

Si se piensa, al propio tiempo, en nuestro sistema de control de constitucionalidad —que por principio es judicial— conforme a los arts. 109 y 116 de la Const. Nac., no puede aceptarse dentro de la sistemática constitucional que un juez federal disponga en determinados supuestos (actos que hacen a la subsistencia del Estado) de mayor poder político que el Ejecutivo y el Congreso, y pueda decretar, por ejemplo, el cese del estado de sitio o de la intervención federal a una provincia. Menos aun podría aceptarse el control judicial sobre típicos actos intra-orgánicos que se configuran en el plano constitucional (apertura de sesiones, etc.) que vinculan a órganos esenciales para la subsistencia del poder estatal.

No puede desconocerse que respecto de aquellos actos que tengan o puedan tener un alcance general, la Constitución ha establecido un sistema de controles recíprocos, que vinculan por relaciones de interdependencia tanto al Órgano Ejecutivo como al Congreso. Un ejemplo de ello existe en la regulación del estado de sitio, donde la Constitución ha sido expresa en el sentido de que corresponde al "Congreso aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo" (art. 75, inc. 29, Const. Nac.) como una atribución propia del órgano Legislativo [113].

8. DISTINTOS SUPUESTOS QUE CONFIGURAN ACTOS INSTITUCIONALES EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

A) Intervención federal a las provincias

La intervención federal a las provincias que prescribe el art. 6° de la Constitución constituye un típico acto institucional. Al respecto, González sostuvo que cuando la norma se refiere al Gobierno Federal se entiende que está referida a los poderes políticos: Ejecutivo

112 Para Linares Quintana, la circunstancia de que las denominadas "cuestiones políticas" no estén sometidas a control judicial constituye una consecuencia lógica del principio de la separación de los poderes (*op. cit.*, t. II, pág. 312).

113 Con anterioridad a la reforma la doctrina consideró aplicable esta conclusión a la intervención federal (actualmente esta potestad ha sido expresamente contemplada por el art. 75, inc. 31 de la Const. Nac.); sobre la interpretación anterior a la reforma constitucional, véase: GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, págs. 709-710.

y Legislativo [114], correspondiéndole al Congreso juzgar en definitiva acerca de los supuestos que condicionan su procedencia [115].

La intervención federal a las provincias constituye, dentro de la categoría de los actos institucionales, el único que vincula directamente a sujetos de derecho estatales (Estado Nacional y la respectiva provincia) ya que los demás actos generan relaciones directas respecto de órganos.

La excepción al principio por cuyo mérito queda a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás tribunales inferiores el juzgamiento de los actos inter-administrativos (arts. 116 y 117 de la Const. Nac.) halla su justificativo en la prerrogativa constitucional superior que tiene en la estructura estatal el Gobierno Federal respecto de las provincias, cuando se encuentren en juego circunstancias susceptibles de afectar la subsistencia del propio Estado. En realidad, de aceptarse que en algún caso una provincia pueda resistir o impugnar [116] el acto de intervención dictado por el Gobierno Federal se vulneraría la efectividad de las decisiones de la entidad constitucional que posee la soberanía: el Estado Federal [117].

Tales razones, junto a las vigencias constitucionales que afirma la jurisprudencia, nos inclinan a sostener que la determinación de las condiciones para decretar o extinguir (en todos los supuestos) el acto que dispone la intervención federal a una provincia le compete exclusivamente a los órganos constitucionales de carácter político que integran el Gobierno Federal (en principio al Poder Legislativo y, durante su receso, al Ejecutivo, siempre que existan razones de urgencia) [118].

Una antigua y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que el acto de intervención federal a una provincia no es judiciable como tal, ya que ello implicaría una invasión a las competencias de los otros órganos que ejercen el poder estatal [119].

114 GONZÁLEZ, Joaquín V., *op. cit.*, pág. 708; WESTEL, Willoughby; *The Constitutional Law of the United States*, t. III, pág. 1326, cit. por LINARES QUINTANA (*op. cit.*, t. II, pág. 312).

115 *Fallos*, 154:199, 200.

116 Como lo sostienen algunos autores: DIEZ, Manuel M., *El Acto Administrativo*, págs. 538-539; BIDART CAMPOS, Germán J., *op. cit.*, t. I, pág. 508.

117 La postura que admite la soberanía de la Nación sin perjuicio de las autonomías provinciales es la que prevalece en nuestra doctrina: BIDART CAMPOS, Germán J., *op. cit.*, t. I, pág. 488 y sus citas, es también la tesis de la Corte: *Fallos*, 168:105.

118 BIDART CAMPOS, Germán J., *op. cit.*, t. II, pág. 510.

119 *Fallos*, 53:420 y sigs.; 143:131; 54:180 y sigs.; 154:199, 200; 237:431; 248:240; 252:294.

En el conocido caso "Orfila", fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1929, el tribunal sostuvo que "el poder otorgado en la Constitución al Gobierno Nacional para intervenir una provincia ha sido implícitamente conferido al Congreso. Es a éste a quien le corresponde decidir qué género de gobierno es el establecido en el Estado, si es republicano o no, según las normas de la Constitución, si está asegurada o bastardeada la administración de justicia, si existe régimen municipal, si se imparte la educación primaria, para enunciar todas las condiciones generales y especiales expresadas en el art. 5°. Que en el caso de intervención a la Provincia de Mendoza ordenada por ley 11.460, es eso lo que se ha hecho. Por haber llegado aquella rama del gobierno a la conclusión de que no se encontraban allí cumplidas las condiciones señaladas por el art. 5° para que las provincias mantengan el goce y ejercicio de sus instituciones propias, ha declarado intervenida la nombrada provincia a los efectos de restablecer la forma representativa republicana de gobierno (art. 1°, ley citada), y ha ordenado al comisionado federal, 'que proceda a declarar la caducidad de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, y de las autoridades municipales así como a la reorganización de los mismos' (art. 2°). Que la facultad ejercitada por el Congreso al sancionar la ley mencionada es de orden netamente político, y por consiguiente, de la exclusiva incumbencia de los poderes legislativo y ejecutivo de la Nación. Esta Corte, como lo ha declarado en fallos anteriores, no se encuentra pues autorizada para examinar los hechos que han conducido a la decisión contenida en ley, porque saldría de la órbita que le está delimitada por la Carta fundamental e invadiría el campo propio de los otros poderes del Estado" [120].

Las últimas decisiones del alto tribunal se han orientado en el mismo sentido, expresándose en una de ellas que la "intervención de una provincia por órgano competente, es un acto político no justiciable, habiéndose decidido reiteradamente al respecto que todos los casos de intervenciones a las provincias han sido resueltos y ejecutados por el poder político, esto es, por el Congreso y el Poder Ejecutivo" [121].

120 *Fallos*, 154:199, 200.

121 *Fallos*, 252:294. Desde luego que en los diversos casos resueltos por la Corte no se hace referencia al acto institucional sino al acto político o a las cuestiones políticas, pero la fundamentación y conclusiones son plenamente aplicables dentro de la teoría del acto institucional.

B) Declaración del estado de sitio

La facultad de decretar y levantar el estado de sitio, que el art. 23 de la Const. Nac. le reconoce al Gobierno Federal, también corresponde, en principio, al Congreso y al Poder Ejecutivo, durante su receso (art. 75, inc. 29, Const. Nac.).

Trátase, como hemos ya afirmado, de otro supuesto de acto institucional no judiciable en cuanto se halla en juego la subsistencia del Estado vinculada aquí a la necesidad de mantener la forma republicana de gobierno, que constituye un principio fundamental de la organización estatal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sostenido siempre que la declaración de estado de sitio efectuada por el Congreso o el Ejecutivo no es judiciable [122] aunque sí lo sean sus actos de ejecución [123], no correspondiendo a los jueces apreciar las circunstancias de hecho que tornan necesaria la adopción de este mecanismo constitucional, instituido y reglado por la propia Ley Suprema.

C) Designación de diputados y senadores

Conforme a la letra expresa de la Constitución Nacional "cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez" (art. 64).

En nuestra opinión, el ejercicio de esta facultad constitucional constituye un caso expreso de acto institucional no judiciable que se fundamenta en la doctrina de la separación de los poderes y en el equilibrio inherente al sistema de frenos y contrapesos que se hallan en la base de la Constitución.

D) Nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El acto por el cual el Poder Ejecutivo designa a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con acuerdo del Senado (art. 99, inc. 4° de la Const. Nac.) implica también un acto institucional no judiciable, en tanto la existencia del alto tribunal es básica para la subsistencia del Estado que organiza nuestra Constitución, del cual es su intérprete definitivo. Sin la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Estado Federal no podría sobrevivir (dentro de la Ley

122 *Fallos*, 170:146; 196:584; 242:540; 250:832, entre otros.
123 *Fallos*, 234:504 y 254:287.

Suprema) ya que la Corte tiene, como misión esencial en el sistema, la facultad de dirimir, en competencia originaria y exclusiva, los conflictos interprovinciales y los que se susciten entre la Nación y una o más provincias (art. 117 de la Const. Nac.) [124]. Por tal motivo, la cláusula constitucional requiere el acuerdo del Senado, a fin de posibilitar el equilibrio que debe existir entre la soberanía nacional y las autonomías provinciales.

De otro modo, se alteraría el equilibrio entre los órganos que ejercen el poder del Estado, que es la base de nuestro sistema constitucional. Así, lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte al establecer que lo atinente a las calidades que deben reunir los magistrados del alto tribunal para ejercer sus funciones, configura una cuestión exenta del control judicial [125].

E) Otros casos

Los supuestos señalados son sin duda los más importantes en el plano teórico y jurisprudencial, pese a lo cual pueden señalarse otros casos que también tienen una gran significación, aunque por lo general no hayan sido objeto central de decisiones jurisprudenciales en nuestro país.

En tal sentido, son actos institucionales los siguientes: a) la declaración de guerra que efectúa el Poder Ejecutivo de conformidad con el art. 99, inc. 15 de la Const. Nac. [126] y todos los actos dictados en ejercicio de los poderes militares del Presidente que emergen de su carácter de Comandante de las Fuerzas Armadas [127]; b) la concertación de determinados tratados internacionales (de paz, de alianza, de neutralidad, de límites, concordatos) [128], c) la autorización que otorga el Congreso para la entrada de tropas extranjeras y salida de fuerzas nacionales [129]; d) los actos que vinculan al Poder Ejecutivo con el Congreso: convocatoria y prórroga de sesiones ordinarias, convocatoria a sesiones extraordinarias, promulgación y veto de las leyes [130].

124 Adviértase que el Poder Judicial se integra también con los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere (art. 94, Const. Nac.) y en tales casos el nombramiento de dichos jueces no constituye un acto institucional.

125 *Fallos*, 248:400.

126 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág 759.

127 Véase respecto a los Estados Unidos de América: GARCÍA PELAYO, Manuel, *op. cit.*, págs. 379-382.

128 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 759-760, señalados en el art. 99, inc. 11 de la Const. Nac.

129 Art. 75, inc. 28 de la Const. Nac.

130 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, 762.

9. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE EJECUCIÓN DE UN ACTO INSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Lo atinente al control que realizan los jueces sobre los actos o medidas de ejecución de un acto institucional, constituye una cuestión totalmente distinta al problema de la justiciabilidad del acto institucional, muchas veces confundida por los tratadistas y la jurisprudencia [131].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido la oportunidad de establecer su criterio sobre el punto, al debatirse el alcance de las facultades judiciales respecto al control de los actos y medidas que puede dictar el Poder Ejecutivo durante el estado de sitio. A partir del caso "Antonio Sofía y otro" [132], la jurisprudencia se ha orientado hacia el reconocimiento de las facultades de los jueces para ejercer un control de razonabilidad sobre los actos dictados por el Poder Ejecutivo en uso de las atribuciones que le confiere el art. 23 de la Const. Nac.

Los alcances del citado control de razonabilidad fueron determinados en posteriores pronunciamientos del alto tribunal con el propósito de evitar excesos interpretativos y que, a través del control de los actos particulares de ejecución del acto institucional (en este caso, el estado de sitio), se llegase al llamado "gobierno de los jueces" [133]. Del análisis de los precedentes jurisprudenciales aludidos surge que dicho control de razonabilidad, en esta materia, comprende un doble aspecto: a) la relación entre la garantía afectada por el acto de ejecución del acto institucional (estado de sitio) y el estado de conmoción interior; b) la comprobación de si el acto administrativo guarda, en concreto, una proporción adecuada con los fines que se persiguen a través de la ley que declara el estado de sitio.

La Corte ha sostenido también que el examen de razonabilidad que realizan los jueces debe hacerse cuidando de no afectar por esa vía el ámbito propio y la función del estado de sitio [134], porque un ejercicio irrazonable de dicho control puede conducir a que los órganos judiciales se extralimiten en el ejercicio de sus funciones, olvi-

131 No es exacto como dijera la Corte (*Fallos*, 243:504 y sigs.), que las medidas de ejecución del estado de sitio constituyen actos de gobierno o actos institucionales (este último agregado es nuestro), ya que se trata siempre de actos administrativos.

132 *Fallos*, 243:504.

133 *Fallos*, 244:59; 259:196; 251:404, entre otros.

134 *Fallos*, 243:504, consid. 5°.

dando que les está vedado la apreciación de las condiciones de hecho que determinaron la utilización de la facultad autorizada por el art. 23 de la Const. Nac., y que cada órgano del Estado debe obrar con independencia de los otros, en sus respectivos campos de actuación [135].

10. ACTOS EMITIDOS POR LA ADMINISTRACIÓN REGLADOS PARCIALMENTE POR EL DERECHO PRIVADO

La circunstancia de que los elementos de una categoría jurídica determinada sean homogéneos no debe impedir que se reconozca, al propio tiempo, la necesaria unidad que poseen muchas instituciones del derecho, en cuanto a su estructura y articulación lógica esencial.

Ese desconocimiento ha hecho naufragar más de una teoría por desconocer que alrededor de realidades jurídicas similares siempre se conforma un régimen homogéneo, que no es único sino que responde a las distintas realidades que lo causan o producen.

Así, por no reconocer la diversidad que representa cada realidad jurídica, un sector de la doctrina ha pretendido reducir los distintos tipos de actos que produce la Administración a la categoría del acto administrativo, sosteniendo la presencia de un régimen jurídico unitario para todas las relaciones con los administrados.

Por no distinguir la realidad y finalidad diversa que anida en los diferentes actos que emite la Administración se sostiene que sólo existe la figura del acto administrativo, no obstante la posibilidad de la aplicación del Derecho Privado a ciertos elementos de la relación jurídica administrativa (v.gr. el objeto) que algunos reconocen contrariando la propia concepción unitaria.

De esa manera, se ha negado la existencia de actos de la Administración reglados parcialmente por el Derecho Privado como categoría jurídica propia y distinta del acto administrativo regido por el Derecho Público. Esta confusión se produce, la mayoría de las veces, por no advertir la diferencia sustancial entre la analogía y la subsidiariedad [136] que constituyen técnicas esenciales para la interpretación de las instituciones jurídicas [137].

135 *Fallos*, 195:439; 236:657.

136 GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, pág. 289, Buenos Aires, Depalma, 1973.

137 Es de toda evidencia que en el acto administrativo la aplicación de las normas civiles se lleva a cabo a través del procedimiento de la analogía, mientras que en los actos de objetos privados o mixtos que emite la Administración la aplicabilidad de las normas civiles o comerciales responde al criterio de superioridad o subsidiariedad. En el primer

La unidad de los actos que emite la Administración Pública, fuera de su pertenencia al género común del acto jurídico, sólo se da en el elemento competencia, esto es, en el requisito que regla la aptitud legal del órgano para dictar el acto o celebrar el contrato.

Las diferencias obedecen a la distinta función que desarrolla cada acto, ya que si éste es el producto de una función traducida en una determinada finalidad y objeto, va de suyo que existirán diversas regulaciones para estos elementos y el régimen jurídico no será unitario.

La doctrina que admite la distinción entre los actos administrativos regulados totalmente por el Derecho Público y aquellos otros actos sometidos parcialmente al régimen del Derecho Privado, llama a estos últimos "actos civiles de la Administración" [138]. Esta categoría se impone [139], a raíz de la necesidad de no aplicar todo el rigorismo propio del Derecho Administrativo a aquellos actos cuyo contenido u objeto se encuentra reglado por el Derecho Civil o Mercantil [140].

El planteo doctrinario que pretende negar la existencia de este tipo de actos sobre la base de que algunos de los elementos del acto, como la competencia, pertenecen siempre al Derecho Público, no resulta correcto, porque ya fuere que se denominen actos mixtos o actos de objeto privado [141], lo cierto es que el contenido del acto y muchas veces la forma y el fin, aparecen regulados por el Derecho Privado [142].

El problema no es entonces meramente terminológico como pretenden algunos autores que, por no destruir la concepción unitaria de la cual parten, omiten el análisis sobre el régimen jurídico de este tipo de actos, porque de admitir la diversidad esencial de regímenes, estarían negando el principio del cual parten, que se basa en suponer que toda actividad de la Administración Pública es función administrativa.

---

caso hay adaptación de la norma a los principios del Derecho Administrativo y, en el otro supuesto, la aplicación se efectúa directamente, sin adaptación previa.

138 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 255 y sigs., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, ver: BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 244, Buenos Aires, Tea, 1947; GARRIDO FALLA, Fernando, *Régimen de Impugnación de los Actos Administrativos*, pág. 118 y sigs.

139 CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, 2ª ed., pág. 121.

140 Tal es el criterio seguido por el Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de La Pampa (art. 3º, inc. b) elaborado por el doctor Miguel S. Marienhoff.

141 LINARES, Juan F., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, pág. 210.

142 Utilizando el mismo tipo de términos que emplea Linares, podríamos decir que "no se tratan éstas de triviales cuestiones".

Pero la existencia de un "régimen administrativo" y la correlativa necesidad de no aplicar el rigorismo del sistema a este tipo de actos conduce al reconocimiento de un régimen jurídico especial, diferente al de los actos administrativos.

La trascendencia de la distinción aparece notoriamente demostrada en el régimen jurídico propio de los actos de aquellas entidades estatales creadas en el transcurso del proceso de descentralización administrativa, en aquellos supuestos de actividades de tipo industrial o comercial (v.gr. actividad bancaria oficial) donde el Derecho Privado regula algo más que el objeto o contenido del acto.

Como índice afirmatorio de nuestra postura, veamos lo que acontece en el campo de la actividad bancaria oficial. Cuando el Banco de la Nación Argentina realiza con particulares operaciones o contratos de naturaleza mercantil, la forma y el fin del acto estarán regidos por el Código de Comercio. En efecto, las formas serán las exigidas por las normas mercantiles en garantía de la seguridad y celeridad del tráfico comercial; así, para abrir una cuenta corriente u otorgar un préstamo, el banco no sigue ningún procedimiento público de selección sino que establece sus relaciones jurídicas como cualquier institución financiera de carácter privado. En lo que concierne al fin, él será el propio de la actividad de intermediación mercantil en forma inmediata. El fin público o el bien común, se persiguen en este tipo de actos en forma mediata, a través del beneficio que la actividad de los particulares reporta a la comunidad.

Sin embargo, un sector de la doctrina, siguiendo a Sayagués Laso, ha ido más allá de sus opiniones [143] al postular un régimen jurídico unitario para todos los actos que admite o celebra la Administración [144].

143 SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 387-388, Montevideo, 1963. Este autor sostiene expresamente lo contrario de modo que no es correcto vincularlo a la concepción unitaria sin aclarar que la diferencia que nos separa es nada más que una cuestión de terminología o de método clasificatorio y no de esencia. En este sentido, luego de señalar que la complejidad de actividad de la Administración tiene como consecuencia lógica que el régimen jurídico no sea uniforme, expresa que en algunos casos "la actividad de la Administración puede aparecer regulada por el Derecho Privado. Así sucede cuando la Administración toma a su cargo actividades propias de los particulares: explotación de industrias, operaciones bancarias, etc. Como el Derecho Civil o Comercial, tiene normas precisas para esta clase de negocios, parece natural que, por lo menos en parte, alcance también a la Administración" (*op. cit.*, t. I, págs. 385-386).

144 FIORINI, Bartolomé A., *Teoría jurídica del acto administrativo*, pág. 35; DROMI, José R., "Contratos de la Administración. Régimen Jurídico Unitario", JA, t. 1974, sec. doctrina, pág. 613 y sigs.

Es evidente que la ideología que nutre a la concepción unitaria tiene carácter estatizante. Se trata de someter al Derecho Público todos los actos que celebran el Estado y sus entidades y no es casualidad que haya sido Duguit uno de los autores que más se opuso en su momento a la posibilidad de que el Estado realizara actos sometidos al Derecho Privado [145].

Asimismo, se argumenta que no es posible aceptar la existencia de dos tipos de actos diversos en virtud de haberse superado la concepción dualista de la personalidad del Estado sosteniendo que el Derecho Administrativo debe regir para todos los actos producidos por la función administrativa estatal [146].

No obstante, puede observarse, analizando la realidad del acontecer jurídico, que el abandono de la tesis de la doble personalidad del Estado no conduce necesariamente a la unificación de todos los actos que emite o celebra la Administración, habida cuenta de que el reconocimiento de una personalidad de Derecho Público no impide la actuación de los sujetos estatales en esferas reguladas por el Derecho Privado [147].

Algo similar acontece con las personas jurídicas que pueden celebrar indistintamente tanto contratos civiles como administrativos [148].

De acuerdo a la jurisprudencia plenaria de la Cámara Federal de la Capital Federal, la competencia (como parte del elemento sujeto o subjetivo del acto administrativo) no determina la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que la causa se radicará en ese fuero cuando el litigio deba resolverse por aplicación prevaleciente de principios y normas de Derecho Público (Administrativo, en la especie) [149] tal como acontece en la jurisprudencia francesa [150].

145 DUGUIT, León, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, pág. 357, Paris, 1927.

146 FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, pág. 38; GORDILLO, Agustín, A., *El Acto Administrativo*, pág. 67.

147 CASSAGNE, Juan C., *El Derecho Administrativo*, 2ª ed., págs. 123-124, opinión que en la doctrina uruguaya ha sido compartida por Prat en los siguientes términos: "Frente a estos actos privados de la Administración encontramos los actos administrativos regulados por el derecho público, lo que autoriza a señalar la distinción. Pero con las salvedades de que nada tiene que ver la vetusta doctrina de la doble personalidad del Estado que sirvió de fundamento a la distinción de actos de imperio y actos de gestión y que tampoco puede tener recibo la doctrina por la cual separando los diversos elementos del acto administrativo, debemos atender para determinar qué tipo de derecho se aplica en su regulación, si algunos elementos los regla el derecho administrativo o privado" (cfr. PRAT, Julio E., *Derecho Administrativo*, t. III, vol. 2, págs. 18-19, Montevideo, 1978).

148 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 256-257, nota 107, *in fine*.

149 En el fallo plenario "Gobierno Nacional c/ Yabotti SRL", de fecha 29-XII-1958, citado en ED, t. III, pág. 179.

150 AUBY, Jean M. - DUCOS ADER, Robert, *Droit Public*, pág. 237, Paris, 1966.

Lo propio ocurre en aquellas provincias donde se plantean cuestiones de naturaleza patrimonial ajenas a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La tesis que venimos sustentando encuentra apoyo en las doctrinas nacional [151] y extranjera [152], y ha sido adoptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación [153].

En conclusión, las principales consecuencias que se derivan de la admisión de la categoría de los llamados actos civiles de la administración o actos de objeto privado de la misma, son:

a) su régimen jurídico excluye las prerrogativas de poder público que traduce la supremacía estatal;
b) el objeto o contenido del acto se encuentra sometido al Derecho Privado y la competencia al Derecho Público;
c) la forma y el fin inmediato que persigue el acto se hallarán regidos por el Derecho Privado, sin perjuicio de la aplicación del Derecho Administrativo a texto expreso y no por analogía;
d) las normas privadas se aplican directamente al régimen del respectivo acto por el procedimiento de subsidiariedad, excluyendo, en principio, la aplicación analógica, la cual sólo procede cuando se tratare de integrar una laguna o vacío del régimen y en tanto fuere pertinente acudir a ella;
e) en el orden nacional la competencia para conocer las causas que versen sobre estos actos corresponde al fuero civil y comercial de la justicia federal y no al contencioso-administrativo.

Por último, corresponde distinguir este tipo de actos de objeto privado, donde el Estado actúa en la esfera del Derecho Civil o Comercial, ya fuera por el objeto y finalidad (industrial o comercial) o por la naturaleza de la cosa o bien (dominio privado del Estado), de los actos administrativos que producen efectos jurídicos entre perso-

151 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 255 y sigs.; ESCOLA, Héctor J., *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, t. I, pág. 252 y sigs., Buenos Aires, Depalma, 1977, para quien cuando el Estado realiza actividades regidas por el derecho privado, tiende a satisfacer una finalidad pública indirecta o mediata, posición que compartimos. En nuestro concepto, el límite natural al desarrollo de actividades que pueden realizar los particulares está dado por el principio de la subsidiariedad.

152 LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, pág. 302 y sigs.; RIVERO, Jean, *op. cit.*, pág. 110; BENOIT, Francis P., *Le Droit Administratif Français*, pág. 586, Toulouse, 1968; GARRIDO FALLA, Fernando, *Régimen de Impugnación de los Actos Administrativos*, pág. 118 y sigs., Madrid, 1956; PRAT, Julio E., *op. cit.*, t. III, vol. 2, págs. 18-19; ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 211 y sigs., trad. de la 3ª ed. italiana, Barcelona, 1970.

153 *Fallos*, 254:585; 270:446, etc.

nas privadas, como, por ejemplo, aquellos que regulan el estado civil de las personas o típicas relaciones entre particulares [154] regidas por el Derecho Privado (v.gr. la inscripción de un nacimiento en el Registro Civil). En estos casos, si bien el acto se rige, en sus elementos integrantes, por las normas y principios del Derecho Público, crea una relación de Derecho Privado entre varios destinatarios cuya naturaleza provoca el desplazamiento de la competencia para juzgar el acto hacia la justicia civil, quedando fuera de la jurisdicción contencioso-administrativa.

11. ACTOS DE SUSTANCIA JURISDICCIONAL QUE DICTA LA ADMINISTRACIÓN

La concepción objetiva aplicada a las funciones que cumple la Administración Pública, hace posible que ésta, excepcionalmente, ejerza funciones de naturaleza jurisdiccional, cuando dirime controversias con fuerza de verdad legal.

Aunque se niegue a nivel teórico la posibilidad de que órganos administrativos desempeñen funciones jurisdiccionales, la realidad legislativa y jurisprudencial ha impuesto su reconocimiento, obligando a diferenciar el régimen del acto jurisdiccional de la Administración del acto administrativo, el cual es substancialmente distinto.

No se pretende con ello asimilar el acto jurisdiccional de la Administración con el acto emanado de los jueces sino reconocer una realidad innegable, que hunde sus raíces en los sistemas jurídicos de control de la actividad administrativa existentes en el antiguo régimen [155].

Como lo adelantábamos antes, en el Tomo I, Título Primero, Capítulo III, punto 3 B de esta misma obra, la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos administrativos para juzgar a la Administración Pública, posee arraigo en el Derecho Continental europeo [156] y esa técnica organizativa para la solución de conflictos fue utilizada durante la organización colonial española, en el Virreinato del Río de la Plata, particularmente en las materias concernientes a la hacienda real, donde se atribuyó a los intendentes una jurisdicción prácti-

154 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 416-419, Madrid, 1966.

155 BENOIT, Francis P., *Le Droit Administratif Français*, pág. 574.

156 Sobre el punto nos remitimos a lo expuesto en el tomo I de esta obra (págs. 84 y sigs).

camente exclusiva, con apelación a un Tribunal Judicial que funcionaba en Buenos Aires [157].

Tales antecedentes permiten interpretar la prohibición contenida en el art. 109 de la Const. Nac. (que no existe en la Constitución de los Estados Unidos de América) como dirigida a impedir que quede librada a la voluntad del Presidente la potestad de resolver contiendas jurisdiccionales, habida cuenta de que se trata del gobernante supremo del Estado y de mayor potencialidad en el ejercicio del poder [158].

Pero el jurista interpreta los hechos y no crea el orden de la realidad sino que, a lo sumo, puede influir en la determinación de ciertas conductas, y si bien en nuestro concepto ninguna duda cabe acerca de que nuestra Constitución ha acogido el sistema judicialista (arts. 116 y 117), ello no impide aceptar, con carácter de excepción la realización de actividades de naturaleza jurisdiccional por parte de órganos administrativos, dentro de los límites que surgen de una razonable interpretación del sistema constitucional adoptado.

La existencia de un órgano o tribunal independiente, ajeno a la Administración en litigio, no es un requisito inherente a la naturaleza de la función que se ejerce sino un problema distinto referido a la organización tribunalicia y a las condiciones que deben preexistir para un correcto y adecuado ejercicio de esa función por parte del órgano al cual se le adjudica la misión de juzgar [159].

Lo esencial es impedir la concentración del poder a fin de lograr un sistema justo que armonice los derechos de los individuos con los de la comunidad estatal [160], rodeando a los órganos que deciden la

157 LYNCH, John, *Administración Colonial Española*, pág. 120-121, trad. del inglés, 2ª ed., Buenos Aires, 1967.

158 BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. I, pág. 789, que puntualiza que cierta jurisprudencia (y nosotros agregamos doctrina) ha creído resolver el problema por una vía sencilla, afirmando que como la Constitución veda al Poder Ejecutivo, el ejercicio de funciones de índole judicial, no es posible sostener la naturaleza jurisdiccional de ciertas decisiones de órganos administrativos. Tal argumento, a juicio de este autor, nada prueba porque "aunque la Constitución escrita regla hoy determinadas situaciones, la realidad constitucional registra conductas en contrario, con lo que, no obstante la prohibición del art. 101, bien podría el orden existencial mostrar casos de ejercicio jurisdiccional por parte de la Administración", como en realidad acontece (*op. cit.*, pág. 33).

159 Cfr. BOSCH, Jorge T., *Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública*, pág. 96, Buenos Aires, Zavalía, 1951. En contra: GAUNA, Juan O., "La problemática del control judicial de los actos de la Administración Pública. La teoría de la separación del poder", LL, t. 1979-C, pág. 922; pág. 6; LASCANO, David, *Jurisdicción y Competencia*, págs. 29-30, Buenos Aires, Kraft, 1941; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, t. II, pág. 37, Madrid, 1966, 2ª ed.

controversia de las mayores garantías en cuanto a la independencia de las funciones que ejerzan.

Una interpretación realista del principio de separación de los poderes impide asumir posturas extremas. Y así como no es posible aceptar aquellas doctrinas que no reconocen ninguna limitación para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de la Administración Pública, tampoco puede afirmarse dogmáticamente que no existen tribunales administrativos con competencia especializada (v.gr. entes reguladores de servicios públicos), donde las decisiones que dirimen controversias poseen los caracteres de la cosa juzgada formal, a diferencia de la actividad administrativa.

Se trata del ejercicio excepcional de la función jurisdiccional, la que debe llevarse a cabo dentro de los límites que surgen del sistema adoptado por la Constitución Nacional, a saber:

1) La atribución de funciones jurisdiccionales a órganos administrativos debe provenir de ley formal a fin de no alterar a favor del Poder Ejecutivo el equilibrio en que reposa el sistema constitucional.
2) Tanto la idoneidad del órgano como la especialización de las causas que se atribuyen a la Administración deben hallarse suficientemente justificadas, para tornar razonable y excepcional el apartamiento del principio general de juzgamiento por el Poder Judicial.
3) Si se otorgan a órganos administrativos funciones de sustancia jurisdiccional en forma exclusiva, sus integrantes deben gozar de garantías que aseguren su independencia de juicio frente a la Administración activa, tal como la inamovilidad de sus cargos.
4) Los tribunales que integran el Poder Judicial deben conservar la atribución final de revisar las decisiones de naturaleza jurisdiccional.

Respecto de este último requisito ha de garantizarse, al menos, una instancia judicial con amplitud de debate y prueba [161]. Los jueces no deberían jamás impedir el camino a la plena jurisdicción, en

160 GAUNA, Juan O., *op. cit.*, pág. 7.

161 *Fallos*, 247:646 y sigs.; 255:124 y sigs. La jurisprudencia de la Corte se encuentra expuesta integralmente en el conocido caso "Fernández Arias, Elena c/ Poggio, José", fallado en el año 1960.

El requisito de "control judicial suficiente" no se cumple con la facultad del interesado limitada a la deducción del recurso extraordinario federal basado en la inconstitucionalidad o arbitrariedad. CNac. Fed. Cont. Adm., Sala II, 6-II-1992, LL, t. 1992-C, pág. 285.

aquellos supuestos en que, ni el órgano que emite el acto ni los caracteres que éste posee reúnen las exigencias enunciadas, de lo contrario se estaría ensanchando el campo de la arbitrariedad estatal al admitirse la posibilidad de que determinados actos administrativos sean firmes en sede judicial.

En otros términos, cuando se trata de órganos o tribunales administrativos que reúnen los requisitos que surgen de la interpretación realista del sistema constitucional, podría sostenerse que frente a la falta de promoción del recurso ante la justicia (que debe permitir amplitud de debate y prueba) se pierde el derecho de impugnar esa decisión de naturaleza jurisdiccional, la cual queda firme con todos los atributos de la cosa juzgada formal y material.

En cambio, tratándose de actos administrativos dictados por órganos que no cumplen las condiciones antes señaladas y contra los cuales el ordenamiento hubiera instituido un recurso especial ante la justicia, no puede interpretarse por ello que se pierde el derecho a acceder a la instancia judicial originaria para obtener la revisión del acto, juntamente o no, con la reparación patrimonial consiguiente.

De otro modo, se estaría subvirtiendo el sistema de la Constitución pues, a través del establecimiento de recursos especiales que deben deducirse en plazos breves y donde sólo se ejerce una función limitada, se estaría reconociendo la calidad de actos jurisdiccionales a verdaderos actos administrativos (v.gr.: una cesantía, una sanción, etc.), violándose de este modo el sistema judicialista prescripto en la Constitución Nacional.

Ahora bien, ¿cuál es el régimen jurídico de los actos que emiten los entes o tribunales administrativos con competencia especial?

En este sentido reiterando lo expuesto en otra obra [162], señalamos que en esos actos:

1) No procede la avocación, reforma o modificación de la decisión jurisdiccional; por cuanto la ubicación del tribunal en sede administrativa no implica una dependencia jerárquica plena, sino atenuada y referida esencialmente al aspecto organizativo del ente o tribunal.
2) El ente o tribunal administrativo carece de potestad para revocar el acto por razones de interés público, lo cual constituye una garantía para el administrado pues en el ejercicio de la

162 CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, págs. 135-136. Véase: RLNPA (art. 99) aprobado por dec. 1759/72, con las modificaciones introducidas por el dec. 3700/77 (t.o. por dec. 1883/91).

función que desempeñan, rigen los principios esenciales del proceso judicial.

3) El contralor acerca de la legitimidad del acto se limita a supuestos de excepción. En este sentido, el Reglamento Nacional limita el control sobre la juridicidad del acto a los supuestos en que mediare "manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación del derecho" [163]. En nuestro concepto, esta norma resulta de muy difícil aplicación por cuanto, si el órgano que ejerce la función jurisdiccional debe reunir los requisitos precedentemente enunciados, es prácticamente improbable que en el ámbito del Poder Ejecutivo existan sistemas de tribunales administrativos de doble instancia. Por lo demás, el control de legitimidad, no lo podrá realizar nunca el Poder Ejecutivo, en mérito a lo prescripto en el art. 109 de la Const. Nac.

4) Los actos jurisdiccionales de los entes o tribunales administrativos gozan de la autoridad de la cosa juzgada formal, no pudiéndose revocar la respectiva decisión, salvo mediante el juego de los recursos jurisdiccionales ante la justicia.

163 Cfr. t.o. por dec. 1883/91.

CAPÍTULO III

LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

1. La teoría de los elementos del acto administrativo.
2. El papel de la voluntad como presupuesto del acto administrativo.
3. Elementos esenciales y accidentales o accesorios.
4. El elemento subjetivo:
   A) Concepto, clasificación y reglas fundamentales sobre la competencia.
   B) Capacidad del agente público y del administrado.
5. La causa como elemento del acto administrativo.
6. El objeto y sus requisitos.
7. La forma: concepto, trascendencia y peculiaridades que reviste en el Derecho Administrativo.
   a) silencio o ambigüedad.
   b) signos y señales.
   c) actos tácitos.
8. La clasificación de las formas según el Código Civil y el sentido que corresponde atribuir al concepto de forma esencial.
9. El requisito de la motivación.
10. Las formas de publicidad: publicación y notificación.
11. La finalidad.
12. Las denominadas cláusulas accidentales o accesorias y el contenido del acto:
    A) Plazo.
    B) Condición.
    C) Modo.
    D) Otras cláusulas particulares: reservas de revocación y de rescate.

CAPÍTULO III

LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. LA TEORÍA DE LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La construcción de una teoría sobre los elementos del acto administrativo —que aparece necesaria en el plano lógico a raíz de su carácter de acto jurídico [1], cobra una esencial importancia con respecto a todas las cuestiones referentes a la validez del acto, puesto que deben analizarse los vicios en relación a los elementos, para poder determinar la existencia y entidad de un defecto susceptible de provocar la invalidez del acto. Pero aun así, de dicha vinculación no se deriva la necesidad de abordar conjuntamente elementos y vicios del acto administrativo [2], ya que existe una imposibilidad metodológica para estudiar los vicios en particular antes que el sistema de la invalidez administrativa [3].

En esta materia, si bien la estructuración de una teoría acerca de los elementos del acto administrativo no debe desconocer los principios que informan la categoría del acto jurídico elaborada en el Derecho Privado [4], lo cierto es que resulta imprescindible tener en consideración las peculiaridades propias de la disciplina publicista en que aquélla se desenvuelve.

1 GIANNINI, Massimo S., *Lezioni di Diritto Amministrativo*, pág. 294, Milán, 1950. Sostiene este tratadista que el acto administrativo, como todo acto jurídico, se individualiza por un conjunto de articulaciones lógicas que se denominan elementos.

2 Postura que ha seguido entre nosotros GORDILLO (*El Acto Administrativo*, 2ª ed., pág. 241 y sigs.) y en la doctrina española GARRIDO FALLA (*op. cit.*, t. I, pág. 455 y sigs.), si bien este tratadista analiza previamente la teoría de la invalidez administrativa.

3 Resulta, en efecto, prácticamente imposible clasificar las consecuencias que generan los defectos del acto (ej.: invalidez absoluta o relativa) sin haber antes analizado a fondo el sistema que las presupone.

4 GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 468.

Es indudable que el carácter de *ius in fieri* que posee el Derecho Administrativo y la ausencia de una regulación normativa apropiada en la mayor parte de los países, han contribuido a que los tratadistas, en la búsqueda de una mayor originalidad, incurrieran muchas veces en meras discrepancias de tipo semántico, donde pueden descubrirse, una vez quitados los ropajes terminológicos, desacuerdos tan sólo aparentes, haciendo que un mismo elemento aparezca en la estructura del acto con otra denominación.

Con todo, no puede decirse que el problema se reduzca, en definitiva, a una cuestión de terminología, ya que no puede desconocerse que la discrepancia —por ejemplo— respecto al concepto o ubicación de la voluntad en el acto administrativo se halla estrechamente conectada con problemas centrales de la teoría general del derecho, tal como el relativo a la interpretación de las normas y de los actos jurídicos.

Antes de penetrar al estudio particularizado de los distintos elementos esenciales que deben darse para que el acto administrativo sea válido (subjetivo, causa, objeto, forma y finalidad) y de la voluntad, como presupuesto de la declaración [5], en una postura acorde con la regulación positiva nacional [6], cabe advertir que no todos los elementos revisten la misma trascendencia ni aparecen exigidos con la misma extensión, pudiendo ocurrir, por ejemplo, que aun cuando dos actos deban exteriorizarse por escrito, uno de ellos tenga además que hallarse motivado, no obstante que ambos requisitos pertenecen al elemento forma [7].

2. El papel de la voluntad como presupuesto del acto administrativo

El problema de la voluntad del órgano administrativo pertenece a la teoría del Estado [8]. Se utiliza la denominación "voluntad estatal" para indicar convencionalmente una metáfora, puesto que la voluntad sólo puede ser concebida como un fenómeno psicológico privativo de los seres humanos. Ocurre que el Estado, para el cumplimiento de sus funciones, actúa por intermedio de órganos compuestos por hombres, cuyas voluntades se imputan al ente jurídico Estado [9].

5 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 277 y sigs.

6 Ley 19.549, arts. 7° y 8°.

7 ENTRENA CUESTA, Rafael, *op. cit.*, págs. 481-482, recuerda que en la doctrina italiana, Giannini se refiere a la "heterogeneidad cuantitativa y cualitativa de los elementos" (*op. cit.*, pág. 295).

8 FORSTHOFF, Ernst, *op. cit.*, pág. 289.

9 BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho Constitucional del Poder*, t. I, pág. 27.

Esta postura que es válida, en general, para todo acto realizado por una persona ideal como es el Estado, no pretende asimilar el acto jurídico del Derecho Privado al acto administrativo [10], dadas las características publicísticas de esta última categoría, por lo cual resulta posible, entre otras cosas, que de la voluntad del órgano administrativo legalmente expresada surjan obligaciones para quienes no intervengan en la emisión u otorgamiento del acto, principio inverso al que rige en el Derecho Privado.

Tampoco corresponde asimilar la voluntad en el acto administrativo a la existente en nuestro acto jurídico del Derecho Privado, donde se exige que la declaración tenga por finalidad inmediata la producción de efectos jurídicos, en razón de que, como se ha visto, el acto administrativo comprende no sólo declaraciones de voluntad (considerada esta última en su aspecto teleológico) sino también declaraciones de juicio y de conocimiento.

En realidad, tales argumentos no sirven para afirmar la tesis que sostiene que la voluntad "ha de juzgarse con arreglo al sentido objetivo del obrar administrativo" sin importar la voluntad psíquica del funcionario que dictó el acto [11]. Aparte de que tal postura sólo traslada la cuestión a un problema de tipo interpretativo, referente a determinar la prevalencia de la declaración sobre la voluntad real del funcionario [12] la tesis no resulta acorde con la consecuencia que se le asigna a la voluntad real viciada, al aceptar la existencia de los vicios de error, dolo y violencia. Por lo contrario, la voluntad "constituye siempre la construcción racional de una realidad psíquico-física" la cual existe tanto en los órganos cuyo titular es un individuo como en los órganos de carácter colegiado [13], admitiéndose su configuración en forma implícita o por silencio [14].

La voluntad que comprende "tanto intención como fin" [15] constituye un requisito presupuesto [16] antes que un elemento del acto ad-

10 Lo contrario parece sostener FORSTHOFF, *op. cit.*, pág. 290, respecto del negocio jurídico privado.

11 FORSTHOFF, Ernst, *op. cit.*, pág. 29; KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, pág. 348, México, 1957; FIORINI, Bartolomé A., *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*, pág. 18, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969.

12 Sobre esta cuestión en el derecho civil argentino, LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. I, pág. 265 y sigs., Buenos Aires, Perrot, 1967.

13 Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *op. cit.*, pág. 239-241.

14 FERNÁNDEZ DE OLIVERA, Regis, *Ato Administrativo*, págs. 38-39, São Pablo, 1978.

15 GOLDSCHMIDT, Werner, *op. cit.*, pág. 242.

16 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 277-279. No obstante la mayoría de la doctrina tradicional, y aun los autores más modernos consideran a la voluntad como un

ministrativo. No se trata de señalar con ello una discrepancia conceptual sino más bien afirmar que la voluntad del órgano administrativo, que es una condición esencial para su validez, juega un papel distinto que los restantes elementos (subjetivo, causa, objeto, forma, finalidad) en el sentido de que estos últimos son precisamente los que condicionan y estructuran la voluntad [17]. La voluntad aparece así subsumida en los denominados elementos del acto y la trascendencia de esta distinción se advierte en el problema de la invalidez del acto administrativo ya que es posible que existan vicios de la voluntad (de carácter estrictamente subjetivo) independientemente de los vicios objetivos que pueden surgir respecto a cada elemento en particular al confrontarlo con el ordenamiento jurídico, aunque la voluntad real resulte acorde con la intención y fin perseguido por el agente, cuya voluntad se imputa al órgano administrativo.

Una consideración aparte merece la denominada teoría del silencio administrativo, a través de la cual se deduce la voluntad real del órgano estatal ante la carencia de un pronunciamiento expreso de su parte. En cualquier caso, para realizar tal integración de la voluntad administrativa, se requiere una prescripción legal expresa que consagre tal posibilidad [18].

La aceptación del silencio administrativo, en tales supuestos, si bien constituye una excepción a la teoría de la voluntad real, demuestra, en definitiva, que la voluntad constituye una "construcción" que, aunque basada en una realidad psico-física, admite que ella se integre a través de la configuración del silencio, el cual siempre constituye un mecanismo de defensa a favor del administrado, único titular del derecho a conseguir la denegatoria por silencio [19].

---

elemento del acto administrativo. DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 244; GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, pág. 269 y sigs.; GIANNINI, Massimo S., *Corso di Diritto Amministrativo*, pág. 110 y sigs., Milán, 1967. Véase, sin embargo: GALLO DE POMPONE, Celia, "La voluntad en el acto administrativo", *Acto y Procedimiento Administrativo*, pág. 59, Buenos Aires, 1975.

17 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 278.

18 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 247. Véase también: ley 19.549, art. 10 y GRECCO, Carlos M., "Sobre el silencio de la Administración", LL, t. 1980-C, pág. 777.

19 Cfr. ESTRADA, Juan Ramón de, "Juicios contra el Estado Nacional", JA, t. 1977-III-697; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Sobre silencio administrativo y recurso contencioso", RAP, nro. 47, pág. 215.

3. ELEMENTOS ESENCIALES Y ACCIDENTALES O ACCESORIOS

La doctrina también ha distinguido los elementos esenciales del acto administrativo, de aquellos que revisten un carácter accesorio o accidental [20]. Los elementos subjetivo, causa, objeto, forma y finalidad tienen un carácter esencial en cuanto su inexistencia provoca la invalidación del acto administrativo, mientras que con relación a aquellos que tiendan a completar o condicionar un acto cabe advertir que, en principio, su defecto sólo genera la invalidación de la respectiva cláusula, siempre que ésta pueda ser separada sin afectar la esencia del acto [21].

4. EL ELEMENTO SUBJETIVO

La postura tradicional, al partir de la hipótesis de que sólo cabe admitir dentro del concepto de acto administrativo al acto unilateral, se refiere únicamente a la competencia [22]. Pero ocurre que ni aun aceptando un concepto restringido de acto administrativo ello es posible, puesto que no cabe desconocer la vigencia que, en nuestro ordenamiento jurídico al menos, tienen las normas que prescriben la capacidad de las personas físicas para reglar la correspondiente al funcionario público que emite el acto.

Va de suyo, que si se reconoce que el contrato es, en definitiva, también un acto administrativo, no se puede aceptar que la competencia constituya un elemento exclusivo del acto, pues también habrá que tener en cuenta la capacidad del respectivo particular o administrado.

Corresponde calificar a este elemento con el rótulo de subjetivo, y no como sujeto [23], por cuanto tal terminología se halla más acorde con la idea que preside su configuración. En efecto, no es el sujeto el elemento del acto, sino un conjunto de reglas que rigen la actuación y facultades de las partes intervinientes, y especialmente, en el Derecho Administrativo, la que corresponde a los órganos integrantes de la persona jurídica pública Estado o entidades estatales descentralizadas [24].

20 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 279-280.

21 LNPA, art. 16. La teoría de la cláusula separable encuentra dificultades de aplicación en el ámbito de las relaciones contractuales donde es prácticamente imposible escindir ese tipo de cláusulas del acuerdo de voluntades que se configura para todo el contrato.

22 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 243; WALINE, Marcel, *op. cit.*, pág. 452 y sigs.

23 Como lo hace entre nosotros MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 280 y sigs.; también FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, pág. 240, México, 1944.

24 Sobre el concepto de entidad estatal descentralizada puede consultarse nuestro

Hecha esta salvedad pueden abordarse, en forma sucesiva, los distintos aspectos en que se descompone el elemento subjetivo, algunos de los cuales tendrán o no aplicación según se trate de un acto administrativo unilateral o de un contrato.

A) Concepto, clasificación y reglas fundamentales sobre la competencia

Referirse a la competencia como a la medida de la potestad [25] o al complejo de funciones atribuidas a un órgano administrativo ha sido también la posición comúnmente adoptada por los juristas al abordar esta cuestión, sin reparar en que también cabe incluir en la noción, la aptitud o el conjunto de atribuciones y facultades que corresponden al ente, es decir, a la persona jurídica pública Estado o a la entidad estatal descentralizada de que se trate [26]. Ello tiene trascendencia para determinar si la incompetencia es por razón de grado, es decir, cuando se hubieran transgredido las normas que rigen la competencia del órgano, o bien, si la irregularidad versa sobre el círculo de atribuciones del sujeto jurídico, en cuyo caso no habrá posibilidad de saneamiento, puesto que la incompetencia estará —como luego veremos— afectada por un vicio de invalidez absoluta. En otros términos, la competencia no sólo surge en el plano institucional de las reglas que rigen la actuación del órgano, sino también de las que predeterminan la actividad del sujeto.

En España, algunos autores reconocen esta dualidad optando por la denominación de "capacidad" para determinar el complejo de facultades y atribuciones de una persona pública estatal [27] lo cual no resulta correcto en atención a las obvias diferencias existentes entre la capacidad, reglada por el Derecho Privado, y la competencia, cuya regulación se encuentra normada por el Derecho Público (administrativo y constitucional).

---

trabajo: "Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran", LL, t. 143, pág. 1172.

25 D'ALESSIO, Francesco, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 230, Torino, 1932; ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, págs. 99 y 272.

26 GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Principios Jurídicos de la Organización Administrativa*, pág. 186, Madrid, 1957, y *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 380 y sigs., Madrid, 1967.

27 GARCÍA TREVIJANO FOS, José A., *op. cit.*, t. II, pág. 381, y en nuestro país, en postura similar: FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 230, Buenos Aires, La Ley, 1968.

A nuestro juicio, entonces, la competencia es la aptitud legal que surge del conjunto de facultades y atribuciones que corresponden a los órganos y sujetos estatales [28].

De otra parte, la amplitud de la noción (al extenderla a los sujetos estatales) se justifica aún más en aquellos ordenamientos constitucionales como el nuestro, basados en el sistema federal [29]. En consecuencia, al analizar el requisito de competencia en el acto administrativo hay que tener en cuenta la correspondiente al sujeto estatal y al órgano institución [30].

Con el objeto de diferenciar la competencia de la capacidad se ha cometido el error de sostener que, a contrario de lo que acontece en el Derecho Privado, en el Derecho Administrativo la competencia es la excepción y la incompetencia la regla, en virtud de que siempre se requiere un texto que reconozca la aptitud del órgano o sujeto estatal para emitir válidamente un acto [31].

Esta postura ha sido refutada en las dos variantes denominadas respectivamente postulados de la "permisión expresa" (que sólo admite que exista competencia del sujeto u órgano cuando una norma expresa lo prescribe) y postulado de la "permisión amplia" (que sostiene que el órgano o ente administrativo se halla facultado a hacer todo lo que implícitamente surja del texto expreso) [32]. Se argumenta que el axioma ontológico de la libertad rige tanto con relación a las personas físicas o ideales, como frente a los sujetos estatales y sus órganos, y que si bien el principio de la juridicidad exige para que exista competencia en el sujeto u órgano que una norma lo establezca, una vez creada una persona jurídica pública estatal [33], ésta y sus órganos pueden hacer todo lo no prohibido dentro de sus respectivas

28 Esta noción es la que venimos proponiendo a partir de nuestros primeros trabajos sobre el tema.

29 Nuestros tratadistas utilizan el concepto de *competencia* para referirse exclusivamente al conjunto de facultades del *órgano administrativo*: DIEZ, Manuel María, *op. cit.*, t. II, pág. 29; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 542; GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, pág. 258; FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, t. I, pág. 230.

30 Sobre el concepto de órgano: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, págs. 492-493.

31 WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, pág. 452, Paris, 1963; DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 34; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 544. Ver también: GONZÁLEZ ARZAC, Rafael M., "La competencia de los órganos administrativos", ED, t. XLIX, pág. 888.

32 LINARES, Juan F., "La competencia y los postulados de la permisión", RADA, nro. 2, pág. 14 y sigs., Buenos Aires, 1971.

33 Debemos aclarar que Linares emplea la expresión "persona colectiva pública" que preferimos no utilizar en el texto en virtud de que la competencia se refiere a sujetos u órganos estatales y no todos los sujetos públicos son estatales.

competencias (axioma ontológico) [34]. Sin embargo, en materia de actos de gravamen la exigencia de norma expresa para fundar la competencia resulta insoslayable, en virtud del principio que emerge del art. 19 de la Const. Nac.

Si bien no aceptamos una asimilación entre la competencia y la capacidad de las personas físicas, reconocemos que la competencia en el Derecho Público cumple una función muy similar a la capacidad de las personas ideales o jurídicas en lo que respecta a la observancia del principio de la especialidad que debe regir la actuación de los sujetos y órganos estatales [35].

El principio de la especialidad de la competencia [36] comprende tanto aquellas facultades atribuidas en forma expresa o implícita (como derivación o extensión de normas expresas), como las competencias "inherentes" que surgen directamente de los fines establecidos en el acto de creación del órgano o ente, con los límites propios de la reserva de la ley (v.gr. tipificación de sanciones) donde se requiere la existencia de norma legal expresa.

La competencia se clasifica de la siguiente manera:

a) *En razón de la materia:* Es la competencia por la cual el derecho objetivo (constitución, ley, reglamento) adjudica una serie

34 LINARES, Juan F., *op. cit.*, pág. 32, quien con relación al que se denomina convencionalmente postulado de la permisión expresa señala que el mismo "que sienta una regla de interpretación restrictiva de la competencia del ente o sus órganos, no es sino un enunciado que sustenta una valorización *ius-liberal*, que si bien vale todavía no lo es con el rigor propio del estado individualista" (*op. cit.*, pág. 32).

35 DIEZ, Manuel María, *op. cit.*, t. II, pág. 35; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 545; LINARES, Juan F., *Poder Discrecional Administrativo*, pág. 89 y sigs., Buenos Aires, 1958; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 198. Este último autor expresa que "salvo las prohibiciones legales, las personas jurídicas sólo pueden actuar para los fines que motivaron su creación".

La jurisprudencia de la CNac. Fed., Sala II, en lo Contencioso Administrativo, ha admitido la regla de la especialidad de la competencia para resolver una controversia en un caso donde la aptitud del órgano administrativo no surgía de norma expresa (*in re* "Marenco, Oscar A. c/ Gobierno Nacional", ED, t. 67, pág. 437 y sigs.).

36 COMADIRA, Julio R., *Acto Administrativo Municipal*, pág. 23 y sigs., Buenos Aires, 1992. Este autor considera que las normas atributivas de competencia municipal otorgan la aptitud legal para hacer todo lo que esté expresamente permitido y razonablemente implícito, definiendo el contenido de este último concepto a la luz del principio de especialidad. En el fuero contencioso administrativo, el criterio de especialidad ha sido recogido en la causa "Peso" (CNac. Fed., Sala IV, ED, t. 114, pág. 236), y el de la competencia implícita en el plenario "Multicambio" (JA, t. 1986-I, pág. 140). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo recaído en la causa "Font" (JA, t. 1962-VI, pág. 314), sostuvo un criterio amplio en materia de competencia del Poder Ejecutivo.

de funciones y atribuciones a los órganos y sujetos estatales para la realización de las tareas que se le encomienden. Rige en este ámbito el principio de la especialidad, por cuyo mérito cada órgano o sujeto estatal tiene competencia para realizar todo aquello que se encuentre vinculado al cumplimiento de los fines de su creación.

b) *En razón del lugar:* Se refiere a la división de la competencia en base a circunscripciones territoriales, que limitan el campo de acción del órgano o sujeto estatal. Así, puede ocurrir que dos sujetos (ej.: provincias) que tengan atribuida una competencia idéntica por razón de la materia (v.gr., en nuestra Const. Nac.) distingan su competencia por razón del territorio.

c) *En razón del grado:* Este tipo de competencia, que también se denomina competencia vertical, aparece vinculada a la jerarquía [37]. La organización administrativa se integra generalmente en base a una estructura piramidal, en cuya cúspide se halla el órgano superior, estando constituida por un conjunto de gradas jerárquicas, cuyo rango decrece a medida que se alejan del órgano superior. El grado resulta entonces la posición que el órgano tiene en la estructura jerárquica [38].

d) *En razón del tiempo:* Puede acontecer que la competencia se halle sujeta a un plazo de duración, vencido el cual cesa la misma, o bien, que corresponda a partir de cierto término. En tal sentido, se ha señalado que un funcionario público carece de competencia antes de la publicación de su nombramiento [39].

Tanto en la doctrina como en las distintas regulaciones que el derecho positivo ha instrumentado en nuestro país se han establecido una serie de reglas jurídicas en materia de competencia que conforman un régimen de naturaleza publicística. Las fundamentales son las siguientes [40]:

1) La competencia debe surgir de una norma, de rango constitucional, legal o reglamentario [41].

37 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, págs. 35-36.

38 SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 197.

39 LAUBADÈRE, André de, *Traité Elémentaire de Droit Administratif*, 5ª ed., pág. 256, Paris, 1970.

40 Véase: BEZZI, Osvaldo M., "La competencia del órgano administrativo", en *Acto y Procedimiento Administrativo*, págs. 24-29, Buenos Aires, 1975.

41 LNPA, art. 3°.

2) Su ejercicio constituye una obligación para el órgano o sujeto estatal [42] y es irrenunciable [43] en atención al interés público que motiva su establecimiento [44].
3) En principio es inderogable o improrrogable [45] salvo que la avocación o delegación fueren procedentes.

En nuestro concepto, la regla de la improrrogabilidad de la competencia no debe mantenerse respecto de la competencia por razón del grado, donde precisamente lo normal y común es que procedan tanto la avocación como la delegación, principio que debe mantenerse a fin de no quebrar la flexibilidad y dinámica de toda organización administrativa.

Siendo la delegación una técnica de organización que no produce una modificación en la estructura administrativa en virtud de su carácter transitorio para regir determinadas competencias [46], no resulta razonable la norma de la LNPA que prescribe para su procedencia la autorización expresa [47] no obstante que la práctica y las tendencias legislativas existentes en nuestro país han admitido —por vía general— la facultad de delegar determinadas competencias [48]. Sin embargo, también debe reconocerse que la circunstancia de que dicha norma no exija una "ley", en todos los casos, reduce la magnitud del problema, en cuanto podrán delegarse atribuciones a través de decreto o resolución administrativa.

La avocación consiste en la facultad que tiene el superior de tomar el conocimiento mediante el dictado de la decisión en un asunto cuya competencia pertenece al inferior. Ella es la regla general en esta materia y así lo reconoce el art. 3° de la LNPA al prescribir que "la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario". Pero la avocación no sólo será improcedente cuando una norma lo prohíba sino:

42 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág 543; LNPA, art. 3°.

43 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 31, *in fine*; ley 5350 de la provincia de Córdoba, art. 3°.

44 ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, págs. 100 y 101.

45 GORDILLO, Agustín A., *El derecho administrativo de la economía*, pág. 87, Buenos Aires, 1967; dicho principio aparece reconocido en: la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 (art. 3°) y ley 5350 de la provincia de Córdoba (art. 3°).

46 GARCÍA TREVIJANO FOS, José A., *op. cit*, t. II, pág. 390; DROMI, José R., "La desconcentración administrativa", JA, nro. 3769, pág. 11.

47 LNPA, art. 3°.

48 Lo expuesto rige sólo para la delegación en sentido estricto, ya que la denominada imputación funcional —que se da exclusivamente en el orden jerárquico— estaría alcanzada, en nuestra opinión, por la existencia de autorización expresa.

a) cuando la competencia resulta atribuida al órgano en virtud de una idoneidad específica (ej.: la competencia de la Procuración del Tesoro de la Nación) [49];
b) en los supuestos que la competencia derive de la Constitución o de una ley dictada en su consecuencia (ej.: el refrendo ministerial que no puede ser substituido por el Poder Ejecutivo).

B) Capacidad del agente público y del administrado

En el acto administrativo, no solamente hay que analizar la capacidad del agente público (persona física a través de la cual el órgano estatal exterioriza su voluntad) sino también, en el caso de que el acto sea bilateral en su formación o efectos, la capacidad que corresponda al particular o administrado.

Como regla general se aplican, en ambos casos, las normas del Código Civil en materia de capacidad de hecho o de derecho [50] sin perjuicio de la regulación específica que puede efectuar el Derecho Administrativo, en virtud de su carácter local o provincial.

En cuanto a la aptitud del administrado para actuar en el campo del Derecho Público ella no traduce una capacidad diferente a la jurídico-privada que regula el Código Civil [51].

5. LA CAUSA COMO ELEMENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La elaboración de la teoría de la causa (objetiva) del acto administrativo pertenece a este siglo, siendo Hauriou uno de los primeros doctrinarios que —al comentar la jurisprudencia del Consejo de Estado francés— utilizó la noción de causa para integrarla en un elemento autónomo del acto administrativo [52].

Así, en el conocido *arrêt* "Blanchard", que se refirió al traslado de un agente público a otras funciones, la Administración invocó, como antecedente de hecho para justificar el dictado del correspondiente decreto, la circunstancia de que tal traslado obedecía a una petición propia de dicho funcionario, la cual, al no existir, dejó huér-

49 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 262, Buenos Aires, Tea, 1950; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 547. En contra: GONZÁLEZ ARZAC, Rafael M., *op. cit.*, pág. 887.

50 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 284 y sigs.; DIEZ, Manuel M., *El Acto Administrativo*, págs. 190-191 respecto de la incapacidad natural del agente público.

51 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 288.

52 HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif*, pág. 430, Paris, 1927, al comentar los casos "Trepont" (1922), "Blanchart" (1923) y "Lefranc" (1926).

fano de causa al pertinente acto administrativo [53] en razón de que faltaba el presupuesto fáctico que justificaba su existencia.

En el Derecho Administrativo, la causa, como elemento autónomo del acto, constituye uno de los puntos más controvertidos de la teoría del acto administrativo. Desde quienes consideran que la causa no es un elemento esencial ni autónomo del acto, sino un requisito de la voluntad o modo particular de expresión de la misma [54], hasta aquellos autores que postulan una identificación de la causa con el fin de interés público que debe perseguir el acto [55], se han formulado las teorías más diversas [56].

En una postura anticausalista se ubican algunos autores de la doctrina italiana. Se alega que la teoría de la causa carece de aplicación en el Derecho Administrativo en virtud de que el acto administrativo es típico en cada uno de sus elementos, lo cual significa que la voluntad se halla en conexión necesaria con los motivos y presupuestos, de los cuales no puede ser aislada [57]. Se argumenta también que, siendo el interés público un límite positivo a la potestad de acción de la Administración como condición de la "legalidad sustancial" del acto, tal requisito no tiene nada que ver con la causa del negocio jurídico privado [58].

De acuerdo con un sector de la doctrina [59] el derecho positivo vigente en el orden nacional [60] y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la causa consiste en las circunstancias y antecedentes de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto administrativo.

La teoría de la causa, en su formulación objetiva, nada tiene de común con las distintas teorías elaboradas en el Derecho Privado [61].

53 HAURIOU, Maurice, *op. cit.*, pág. 430.

54 ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, pág. 247, Milán, 1958.

55 BODDA, Piero, *La Nozione di Causa Giuridica della Manifestazione di Volontà nel Diritto Amministrativo*, pág. 45 y sigs., Torino, 1933.

56 Una síntesis de las distintas doctrinas puede verse en: DIEZ, Manuel M., *El Acto Administrativo*, pág. 211 y sigs.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 445; ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 277.

57 GIANNINI, Massimo S., *Lezioni di Diritto Amministrativo*, pág. 316 y sigs., Milán, 1950.

58 ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, págs. 278-279.

59 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 294; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 447; FIORINI, Bartolomé A., *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*, pág. 114, Buenos Aires, 1969; RIVERO, Jean, *op. cit.*, pág. 229; VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, pág. 151; WALINE, Marcel, *op. cit.*, págs. 472-473; GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, pág. 483.

60 LNPA, art. 7°, inc. b).

61 BUSSO, Eduardo B., *Código Civil Anotado*, t. III, pág. 116 y sigs., Buenos Aires,

En el Derecho Administrativo, lo que interesa en realidad, a los efectos de mantener la juridicidad del acto, es la razón de ser "objetiva" que justifica su emisión, aunque en el fondo constituya también una respuesta al porqué de su dictado [62].

Los distintos sentidos atribuidos en el Derecho Privado a la causa, carecen de aplicación en el Derecho Administrativo. Tanto la causa final como la causa fuente del derecho civil, que se refieren a la causa de las obligaciones, trasuntan diferentes contenidos conceptuales. Así, resultan inaplicables tanto las concepciones subjetivistas acerca de la causa que establecen, siguiendo a Domat —por ejemplo— que la causa de la obligación de cada una de las partes es la obligación de la otra [63] como las tesis objetivas del Derecho Privado, que ponen el acento en los resultados del acto considerados en sí mismos o en la razón económica jurídica que anima el negocio [64].

Con relación a la "causa fuente", ella deviene del concepto aristotélico de la causa eficiente, debiéndose señalar ciertas diferencias que obedecen a la distinta configuración de los derechos público y privado.

En el Derecho Privado se utiliza la expresión causa fuente para aludir al origen de las obligaciones, entendiendo por tales: el contrato, el delito, el cuasi-delito y la ley; mientras que en el Derecho Administrativo, se emplea la causa fuente para aludir a un concepto más amplio y distinto, pero siempre en relación a la causa objetiva del

---

Ediar, 1949; VIDELA ESCALADA, Federico, *La Causa Final en el Derecho Civil*, pág. 3 y sigs., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968; RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil*, t. IV, vol. I, pág. 179 y sigs., trad. del francés, La Ley, Buenos Aires, 1964.

62 Para Boquera Oliver, la causa del derecho administrativo no son los hechos sino la apreciación que de ellos formula el sujeto. Esta concepción, que desplaza el carácter objetivo que se le atribuye a la causa en la doctrina francesa (Hauriou) y en la argentina (Marienhoff) que siguió sus aguas, no encuentra cabida en la LNPA cuyo art. 7°, inc. b) menciona expresamente: "los antecedentes de hecho y de derecho" y no la interpretación que haga a su respecto el agente público, la cual constituye un fenómeno totalmente subjetivo. La conclusión de Boquera parece más bien influida por los ejemplos clásicos referidos al error en la causa donde hay una apreciación o interpretación subjetiva de los hechos. Sin embargo, lo que acontece en estos supuestos es la presencia de un vicio de la voluntad (y como tal subjetivo) que se yuxtapone al elemento objetivo de la causa, situación que, por otra parte, se puede presentar también en los demás elementos del acto administrativo, dada la condición que posee la voluntad como presupuesto del acto administrativo y la consecuente posibilidad de circunscribirse a los distintos elementos aisladamente considerados, o bien, al acto completo. Por lo demás, hay vicios en la causa (v.gr. causa ilícita) que tienen naturaleza objetiva. *Vide*: BOQUERA OLIVER, José M., *Estudios sobre el Acto Administrativo*, pág. 76, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1986.

63 Ver RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *op. cit.*, t. IV, pág. 186.

64 BUSSO, Eduardo B., *op. cit.*, t. III, pág. 134.

acto administrativo (acto jurídico en suma) y no de la obligación que pueda nacer del mismo, de la ley o del reglamento, es decir, a la serie de antecedentes o razones de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto.

Si se pretendiera hablar de "causa fuente" en el Derecho Administrativo, en el sentido que le asigna el Derecho Civil, es decir, en el campo de las obligaciones, habría que señalar que la obligación del administrado, tiene, por ejemplo, origen en el acto administrativo o en las normas legales o reglamentarias, pero no en los antecedentes de hecho y de derecho que anteceden al acto o la norma, y justifican su existencia.

Menos aún, puede asimilarse la causa objetiva del acto administrativo al concepto que los civilistas denominan causa-motivo donde lo que se tiene en cuenta "es la razón puramente individual y contingente por la cual una persona ha contratado" [65]. Tal es la razón que conduce a preferir para la nominación del elemento que estamos analizando el término causa al de motivo [66].

Desde otro punto de vista, tampoco puede aceptarse la postura de quienes engloban la causa en la voluntad [67] ni de la doctrina que sostiene que la causa consiste en la finalidad de interés público que debe perseguir el acto [68]. Respecto de la primera tesis, al regularse su actuación como un requisito de la declaración de voluntad, ello se traduce en un problema meramente verbal, ya que, en definitiva, la noción de causa objetiva será considerada como un ingrediente del acto que se ubica en la voluntad [69].

Tampoco cabe aceptar la tesis que postula que la causa es el fin de interés público. Es evidente que, como se ha afirmado, este último actúa "como condicionante de la actividad administrativa" [70] constituyendo un elemento autónomo del acto con las peculiaridades del Derecho Público, cuya noción conceptual —desde el plano metodológico— resulta más conveniente describir en forma separada, utilizando para ello el término "finalidad".

65 Cfr. RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *op. cit.*, t. IV, vol. I, pág. 187.

66 Como lo denomina un sector de la doctrina francesa: WALINE, Marcel, *op. cit.*, pág. 472; RIVERO, Jean, *op. cit.*, pág. 229; LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, págs. 506-507, doctrina que ha seguido SAYAGUÉS LASO (*op. cit.*, t. I, pág. 447). Por su parte, MARIENHOFF emplea indistintamente la expresión causa o motivo (ver *op. cit.*, t. II, pág. 294).

67 ZANOBINI, Guido, *op. cit.*, t. I, pág. 247; FRAGOLA, U., *Gli Atti Amministrativi*, pág. 28, Torino, 1952.

68 DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 257.

69 GORDILLO, Agustín A., *El Acto Administrativo*, 2ª ed., págs. 292-300.

70 GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, págs. 487-488.

No se puede negar que la elaboración de la teoría de la causa (objetiva) y su inclusión como un elemento esencial, autónomo y distinto del acto administrativo, configura un progreso en la dogmática del Derecho Administrativo, sin dejar de reconocer la importancia que tiene el hecho de que la jurisprudencia corrobora, en la aplicación de la teoría al plano de la realidad, la postura que propiciamos sobre este elemento del acto administrativo.

6. EL OBJETO Y SUS REQUISITOS

El objeto o contenido del acto administrativo consiste en lo que el acto decide, certifica u opina [71], a través de la declaración pertinente [72].

Si se trata de una actividad reglada, el objeto del acto administrativo aparecerá predeterminado por la norma, mientras en el supuesto de que fuera consecuencia del ejercicio de facultades discrecionales, aun cuando la Administración disponga de un amplio margen de libertad para emitir el acto, el objeto del mismo debe adaptarse al marco general normativo y al principio de la legitimidad [73].

En materia de objeto, la doctrina nacional [74], fundada principalmente en la normativa que el Código Civil prescribe en materia de actos jurídicos (art. 953, Cód. Civ.) ha estructurado una serie de requisitos cuya ausencia genera la invalidez del acto, los cuales también han tenido su reconocimiento en la doctrina comparada [75].

Como regla general, el objeto o contenido del acto administrativo debe ser: a) lícito; b) cierto y determinado; c) posible física y jurídicamente; d) razonable y e) moral [76].

Lo esencial del objeto es su conformidad con el derecho objetivo, tanto es así que en algunos países como Francia se denomina violación de la ley al vicio que afecta este elemento. La ilegalidad puede

71 Cfr. GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, pág. 244; LANDI, Guido - POTENZA, Giuseppe, *Manuale di Diritto Amministrativo*, pág. 199, Milán, 1971.

72 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, págs. 260-261.

73 En sentido similar: DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 261; PRAT, Julio A., *De la Desviación de Poder*, pág. 52, Montevideo, 1957.

74 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 300; DIEZ, Manuel M., *El Acto Administrativo*, pág. 231 y sigs.; GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, pág. 247 y sigs., entre otros; véase también ley 19.549, art. 7°, inc. e).

75 RANELLETTI, Oreste, *op. cit.*, pág. 98; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 444.

76 Para MARIENHOFF la "moralidad constituye un elemento autónomo del acto administrativo" (véase *op. cit.*, t. I, pág. 345 y sigs.).

consistir tanto en la violación de la ley formal, como en la de la Constitución o de un reglamento. En cambio, las circulares no pueden incidir en el objeto del acto para juzgar su conformidad con el derecho objetivo, en cuanto las mismas tienen, en principio, efectos en el plano interno de la administración [77]. La aceptación de la solución contraria dejaría prácticamente sin protección los derechos e intereses de los administrados que no conocen la mayor parte del contenido de tales actos inter-orgánicos, aparte de que no existe ninguna presunción legal acerca de su conocimiento, como acontece respecto de las leyes y reglamentos a través de la función que cumple el sistema de publicidad.

7. La forma: concepto, trascendencia y peculiaridades que reviste en el Derecho Administrativo

Para que la voluntad humana sea captada por el derecho y se traduzca en un acto jurídico es preciso que se opere la exteriorización de la misma al mundo externo. La exteriorización de la voluntad al plano jurídico recibe el nombre de forma, la cual constituye el elemento aglutinante de dicha voluntad en el acto administrativo, en miras a la consecución de un objeto determinado a través de una finalidad de interés público.

Al no poderse concebir, la existencia de un acto administrativo carente de forma, cualquiera sea ésta (escrita o verbal), ella constituye un requisito esencial de validez del acto administrativo, aun cuando esta característica deba ser matizada a la luz del principio antinformalista que prevalece en la evolución del derecho administrativo.

Sobre el concepto de forma en el acto administrativo se han planteado discrepancias doctrinarias. Mientras un sector circunscribe el concepto de forma a una acepción estricta, entendiendo por tal la declaración de voluntad una vez formada [78], o sea, la que debe ob-

[77] Una opinión diferente ha sostenido GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, pág. 245. Supongamos, en efecto, que hubiera una circular interna de la administración que prohibiera adquirir otros elementos de oficina que no fueren de un tipo determinado. ¿La contratación de otra clase de elementos constituiría un acto violatorio del objeto reglado? Entendemos que no por las razones que damos en el texto, y porque la solución contraria conduce al absurdo y obligaría al co-contratante al conocimiento de todas las disposiciones internas de la administración.

[78] LUCIFREDI, Roberto, *L'Atto Amministrativo nei soui Elementi Accidentali*, pág. 18, Milán, 1963; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 458; FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, t. I, págs. 335-337.

servarse o se observa al emitir el acto, otros tratadistas sostienen [79] que ella comprende también el procedimiento de formación de la voluntad administrativa [80] y las distintas maneras como el acto cobra publicidad frente a los administrados [81].

El elemento que analizamos se integra no sólo con las formas de la declaración, sino también con aquellas que corresponden tanto al procedimiento de integración de la voluntad en el acto administrativo como a los requisitos de publicidad necesarios para su vigencia [82].

Los requisitos del procedimiento y los relativos a la publicidad constituyen requisitos "formales" del acto administrativo en el sentido que implican la exteriorización de la voluntad estatal. Los vicios en tales aspectos del acto configuran vicios de forma y no de la voluntad propiamente dicha, que se juzgan de la misma manera que los defectos de la declaración [83].

La distinción entre forma y formalidades, que un sector calificado de la doctrina tradicional acoge [84], aunque reconozca que las formalidades integran los requisitos "formales" del acto [85], no parece reportar mayores ventajas prácticas ni teóricas.

La significación y trascendencia que tienen las formas en el Derecho Administrativo es muy superior a la que asumen en el Derecho Privado. En efecto, el formalismo administrativo, cuya raíz histórica se encuentra en los comienzos de la propia disciplina [86] cumple una función diferente que el imperante en el Derecho Privado, donde cumplen la función de proteger la seguridad jurídica, la tutela de de-

79 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 301.

80 GORDILLO opina, en cambio, que las formas y requisitos anteriores al dictado del acto no integran el elemento forma, constituyendo defectos o vicios en la preparación de la voluntad administrativa (*op. cit.*, 1ª ed., pág. 148).

81 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 268.

82 En contra: ZELAYA, Simón F., "Forma del acto administrativo", en *Acto y Procedimiento Administrativo*, págs. 62-63, Buenos Aires, 1975.

83 *Vide:* MAIRAL, Héctor A., "Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia", LL, diario del 13-VI-1989, pág. 1. Apunta este autor que en la jurisprudencia vernácula "se observa una tendencia a englobar los vicios incurridos en el curso del procedimiento dentro de los vicios de forma". En la nota (8) cita dos fallos: uno de la Corte Suprema: "Sudamericana de Intercambio c/ Nación Argentina", *Fallos*, 306:1138; y otro de la CNac. Com., Sala B, "Gobierno Nacional v. La Editorial SA", LL, t. 1980-A, pág. 388.

84 SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. II, pág. 458.

85 ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. II, pág. 276.

86 Como consecuencia "de un Estado que desconfiaba de sus poderes" (MARTÍNEZ USEROS, Enrique, "Los requisitos de forma en los actos administrativos", *Anales de la Universidad de Murcia*, 1949-1950, cit. por GARRIDO FALLA, *op. cit*, pág. 501).

terminadas situaciones que interesan al Estado, o bien, en el Derecho Mercantil, la aceleración de las operaciones comerciales.

Al respecto, la doctrina se halla conteste en sostener que en el Derecho Administrativo las formas cumplen fundamentalmente una función de garantía [87] tanto de los derechos de los administrados como del orden, acierto, justicia y legalidad que deben estar presentes en la actividad administrativa [88].

Varias son las razones que confluyen para atribuir esa trascendencia a las formas en el Derecho Administrativo.

En primer lugar, el sistema de controles recíprocos que se instaura entre los órganos que ejercen el poder estatal (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) tiene como presupuesto implícito el formalismo administrativo, precisamente como garantía para la eficacia del control y el mantenimiento del principio de la legalidad.

Pero además, el formalismo no solamente aparece exigido en la cúspide del poder del Estado puesto que de su observancia dependen los sistemas de control interno que se establezcan en la órbita de cada órgano estatal, especialmente en el Poder Ejecutivo, cuyos actos, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, son los que en mayor medida interesan al Derecho Administrativo.

En nuestra disciplina, los autores aún no se han puesto de acuerdo acerca de si se aplica el principio de la libertad formal para el acto administrativo, de manera similar a lo que acontece en el campo de relaciones regidas por el Derecho Privado. Así, mientras hay quienes sostienen que tal principio no rige en el Derecho Administrativo donde la observancia de la forma es la regla [89] o de la forma escrita al menos [90], también se ha considerado que corresponde aplicar la regla de la libertad de la forma, salvo que una norma expresa establezca lo contrario [91]. Sin embargo, la discrepancia que sobre este punto pre-

87 ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 273; SERRANO GUIRADO, Enrique, "El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo", RAP, nro. 4, pág. 120 y sigs., Madrid, 1951.

88 Véase: GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 500 y sigs.; BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. II, pág. 84.

89 SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 458; BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. II, págs. 67-68; ROMANO, Santi, *Corso di Diritto Amministrativo*, págs. 261-263, 3ª ed., Padova, 1937.

90 GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 512; RANELLETTI, Oreste, *op. cit.*, pág. 135 y sigs.; LANDI, Guido - POTENZA, Giusepe, *op. cit.*, pág. 200; VEDEL, Georges, *op. cit.*, pág. 151.

91 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 312; ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 274; ZANOBINI, Guido, *op. cit.*, t. I, pág. 252.

senta la doctrina aparece morigerada por las distintas excepciones que admiten tanto los sostenedores de la regla de la libertad formal como quienes defienden el principio inverso [92].

De acuerdo con el ordenamiento argentino, el acto administrativo debe expresarse como principio general por escrito, y sólo por excepción pueden admitirse otras formas de documentar la voluntad administrativa (ej.: la forma verbal en las órdenes que dictan los agentes de policía), cuando la naturaleza y circunstancias lo permitieren o exigieren.

Tal principio, que resulta fundado en la función que las formas desempeñan en el Derecho Administrativo, aparece expresamente corroborado en el estado actual del derecho positivo argentino, que siguiendo la tendencia impresa en la legislación española [93] ha acogido la regla de que el acto administrativo debe expresarse, en principio, por escrito [94].

Pero dentro de tal principio, la Administración Pública tiene libertad para elegir la forma más adecuada para el dictado del acto, si bien la existencia de abundantes y distintas disposiciones administrativas ha reducido el margen de libertad formal. Ello se advierte en materia de los diferentes procedimientos establecidos para la selección del contratante, donde —por ejemplo— si la norma requiere una forma taxativa (v.gr., licitación pública), la Administración no puede acudir a otro procedimiento selectivo.

En el plano de la excepción al principio de que el acto administrativo debe exteriorizarse por escrito, cabe señalar aún una serie de supuestos (aparte del acto verbal), que no dejan de tener su trascendencia e importancia en la actuación administrativa contemporánea.

En tal sentido, el derecho admite excepcionalmente que la instrumentación de la voluntad administrativa se opere en los siguientes supuestos:

92 ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 273.

93 Art. 41, inc. 1°, de la Ley Española de Procedimiento Administrativo de 1958 que prescribe: "Los actos administrativos se producirán o consignarán por escrito cuando su naturaleza o circunstancias no exijan o permitan otra forma más adecuada de expresión y constancia". Este precepto, casi con igual redacción, se encuentra en el art. 55 de la ley 30/90 que sustituyó la legislación anterior.

94 Art. 8° de la LNPA; art. 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Córdoba nro. 5350; art. 104 de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires nro. 7647; art. 97 de la Ley de Procedimiento Administrativo de Tierra del Fuego nro. 141.

a) Silencio o ambigüedad

En el orden nacional, en línea con lo sostenido por la doctrina, se admite que la conducta omisiva o ambigua de la Administración, cuando se requiera de ella un pronunciamiento concreto, sea interpretada como negativa, reglamentando la ley los distintos términos en que se configura el silencio dentro del procedimiento administrativo [95]. En este sentido, la norma legal exige la intervención activa del administrado al obligarlo a requerir pronto despacho frente a la inactividad de la Administración como condición para que se opere el silencio, salvo que una norma especial prevea un plazo expreso dentro del cual la Administración deba emitir un pronunciamiento concreto [96].

b) Signos y señales

La doctrina admite también que la declaración del órgano estatal pueda configurarse mediante signos y señales de distinto carácter: acústicas, telegráficas, luminosas, como asimismo a través de carteles (ej.: indicadores de la velocidad máxima en las rutas, las prohibiciones de estacionamiento, etc.) aceptando la posibilidad de que cuando concurren todos los requisitos pertinentes, la voluntad expresada a través de signos, señales y carteles pueda dar origen a un acto administrativo [97]. En nuestro concepto, estos diferentes supuestos de actos administrativos configuran declaraciones expresas de la

95 Art. 10, LNPA disponiendo que "sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo"; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 316 y sigs.; norma que tiene su fuente en la legislación española de 1958 antes citada (art. 94). Véase: LINARES, Juan F., "El silencio administrativo denegatorio en la ley 19.549", LL, t. 1980-C, pág. 768; GRECCO, Carlos M., "Sobre el silencio administrativo", LL, t. 1980-C, pág. 777; GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 518. La jurisprudencia ha apuntado que: "En el sistema legal argentino, la regla del silencio de la Administración es el silencio negativo. La institución del silencio positivo exige, para su procedencia, la existencia de una cláusula contractual expresa o una norma legal que demuestre en forma indubitada la voluntad tácita de la Administración de acogerse a las consecuencias de su omisión. Tal institución debe ser interpretada en forma restrictiva, toda vez que el silencio positivo es un instrumento peligroso, debido a que, luego de transcurridos los plazos legales, el particular quedaría habilitado para realizar actos sometidos a su control sin que éste se efectivizara". Cfr. CNac. Cont. Adm. Fed., Sala II, 15-VII-1992, "Worthington Arg. SAIC s/ recurso de apelación".

96 El art. 10 *in fine*, de la LNPA prescribe lo siguiente: "Si las normas especiales no previeran un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración".

97 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 270.

voluntad estatal y no tácitas, en razón de que también se trata de un lenguaje que si bien se halla basado en un sistema de signos o señales cumple la misma función que el lenguaje natural, que se estima comprendido y conocido por todos [98].

c) Actos tácitos

El acto tácito se configura cuando como consecuencia de la emisión de un acto expreso surgen efectos jurídicos que presuponen la existencia de otro acto. Tal ocurriría —por ejemplo— si luego de haberse aludido al procedimiento de la licitación pública, la Administración, mediante decisión legalmente fundada, dispusiera la contratación directa. En tal supuesto, habría que considerar, como lo ha hecho la Procuración del Tesoro de la Nación, que la decisión de contratar en otra forma lleva implícita la de dejar sin efecto el llamado a licitación [99].

8. LA CLASIFICACIÓN DE LAS FORMAS SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL Y EL SENTIDO QUE CORRESPONDE ATRIBUIR AL CONCEPTO DE FORMA ESENCIAL

En Derecho Administrativo no rige la clásica distinción que recoge nuestro Código Civil entre formas *ad solemnitatem* y *ad probationem* dada la diferente función que la forma cumple en dicha disciplina. La categoría de las formas solemnes, que el Derecho Civil ha conservado como un resabio (si bien actualizado) del derecho romano, se inspira como lo señala la doctrina, en la necesidad de asegurar de una manera eficaz la conservación de los documentos que acreditan la existencia de determinados actos y en la protección de los terceros [100]. Aparte de ello es evidente también —aunque esto no es reconocido de una manera generalizada (en el desarrollo actual de la legislación)— que la ley establece la solemnidad del acto para que los otorgantes puedan reflexionar acerca del significado y alcance en ciertas situaciones que se tiene interés en tutelar, tal como ocurre con los actos más importantes del derecho sucesorio y de familia.

98 Para MARIENHOFF, es requisito *sine qua non* para la validez del acto que los signos y señales sean comprensibles por todos (*op. cit.*, t. II, pág. 314).

99 *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 117, pág. 4.

100 SALVAT, Raymundo L., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General*, t. II, pág. 246, actualizado por Romero del Prado, Víctor N., Buenos Aires, Tea, 1954.

Por el contrario, dichas finalidades carecen de trascendencia en las relaciones entre los particulares y el Estado, donde las formas asumen fundamentalmente una función de garantía, de eficacia, de legalidad y de justicia.

Desde otro punto de vista, no puede aceptarse la postura que sostiene que en el Derecho Administrativo toda forma —ya sea que derive de la prescripción legal expresa o de una exigencia de hecho— debe "ser considerada como impuesta *ad substantiam actus*" [101], ya que, además de trasladar una regla civilista carente de sentido en el Derecho Administrativo, la categorización carece de consecuencias en el campo de la invalidez del acto, salvo que se sostenga (lo cual sería un absurdo) que todo vicio de forma, cualquiera fuera su gravedad, genera siempre la consecuencia más grave en punto a la nulidad del acto.

En cuanto a la distinción entre formas "esenciales y no esenciales" a pesar de las objeciones que nos merece una calificación de cuño civilista, ella es utilizada por un sector doctrinario [102] y por el derecho positivo vigente en el orden nacional [103].

Los conceptos de formas esenciales y no esenciales deben correlacionarse con un criterio aún no desarrollado en el Derecho Administrativo contemporáneo cual es el relativo a la rigidez o flexibilidad de las formas en relación a los distintos tipos de invalidación que pueden afectar al acto como consecuencia de un defecto formal. Por esta causa, no compartimos la posición que sostiene que la clasificación entre formas esenciales y no esenciales se vincula al hecho de que su vicio afecte o no la validez del acto [104], ya que el acto siempre será inválido, salvo que la irregularidad sea intrascendente. Lo que ocurre, como veremos al desarrollar el próximo capítulo, es que serán diferentes los efectos de la invalidación.

En consecuencia: la circunstancia de que la forma sea o no esencial incidirá en la gravedad del vicio, y por ende, en los efectos de la invalidación, mientras que la rigidez o flexibilidad repercute sobre el margen de apreciación o valoración que sobre el defecto pueda tener o no el órgano que revise el acto.

101 ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 274.

102 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, pág. 313, si bien con una significación distinta a la que formulamos en el texto. Para Foligno la forma será esencial cuando ella estuviera prescripta en la norma legal o reglamentaria (FOLIGNO, Darío, *op. cit.*, págs. 125-126).

103 LNPA, art. 14, inc. b).

104 CAETANO, Marcello, *Manual di Direito Administrativo*, págs. 247-248, Lisboa, 1963; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 313.

9. EL REQUISITO DE LA MOTIVACIÓN

La exigencia de motivar los actos administrativos —o al menos determinados actos— ha sido reconocida por casi toda la doctrina administrativa, pese a existir discrepancias en punto a la ubicación del requisito dentro de los elementos del acto.

Resulta evidente que la motivación aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales y que desde el punto de vista del particular o administrado traduce una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales, ya que de su cumplimiento depende que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto.

Acerca de qué debe entenderse por motivación, la LNPA prescribe un concepto amplio [105].

Así, la motivación comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo y, en especial, la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican el dictado del acto [106].

No es éste, desde luego, el criterio de un sector de la doctrina que limita la motivación a la enunciación de los antecedentes de hecho y de derecho (es decir a la expresión de la causa) [107]. Nos parece más adecuado basar el requisito de la motivación en la enunciación de las razones que han determinado el dictado del acto, lo cual permite incluir la exteriorización de otro elemento considerado esencial: la finalidad. Si bien esta conclusión no es reconocida en forma expresa, muchos tratadistas la admiten virtualmente en cuanto afirman que el requisito de la motivación constituye uno de los primeros pasos hacia el reconocimiento del recurso de desviación de poder [108], pero lo cierto es que al limitar el concepto de motivación a la expresión de la causa, no toda la doctrina advierte la importancia que ella puede tener para acreditar la existencia de un defecto o vicio en el elemento finalidad.

Tampoco puede aceptarse la postura de la doctrina italiana que distingue entre motivación, y justificación, sosteniendo que la justi-

105 LNPA, art. 7º, inc. e).

106 OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de, *Atos Administrativos*, pág. 131 y sigs., São Pablo, 1980.

107 SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 460.

108 GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 516.

ficación radica en la enunciación de la situación de hecho y de derecho, mientras que la motivación consiste en la expresión del motivo, que para dicho autor es el razonamiento que conduce al acto, o en otros términos, la demostración de que el criterio elegido con base en determinadas circunstancias de hecho y de derecho, es el mejor que se podía elegir [109]. Tal distinción ha sido tildada de artificial pues, en definitiva, se considera que motivación y justificación son términos que coinciden [110].

En nuestro concepto, la motivación es un requisito que integra el elemento forma [111] y consiste en la exteriorización de las razones que justifican y fundamentan la emisión del acto, que versan tanto en las circunstancias de hecho y de derecho (causa) como en el interés público que se persigue con el dictado del acto (finalidad).

La motivación debe efectuarse en el propio texto del acto administrativo ya que este requisito integra el elemento forma. Es por ello que no resultan aceptables aquellas posturas que sostienen que la motivación es suficiente si obran informes o antecedentes que permitan conocerla [112]. Para justificar esta doctrina —motivación *in aliunde*— se ha dicho que los expedientes administrativos deben ser considerados en su totalidad, y no en forma aislada, ya que se trata de un mismo procedimiento [113].

En general, a nivel doctrinario, se niega que exista la obligación genérica de motivar todos los actos administrativos [114], salvo cuando

109 Para IACCARINO la justificación puede contener o no la motivación (cfr. *Studi sulla Motivazione con Particolare Riguardo agli Atti Amministrativi*, pág. 35, Roma, 1933).

110 RIVALTA, María, *La Motivazione degli Atti Amministrativi*, pág. 153, Milán, 1960.

111 Cfr. *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 113, pág. 389; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 326; FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, t. I, pág. 340; DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, pág. 239; MAIRAL, Héctor A., *op. cit.*, pág. 3; GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 514; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, págs. 458 y 460; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús - GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, t. I, Madrid, 1997, pág. 1038 y sigs. Para ALESSI, si bien la motivación no se halla comprendida dentro del concepto de forma propia y verdadera, constituye de todos modos un requisito formal (*op. cit.*, t. I, pág. 275). En Francia, LAUBADÈRE entiende que la motivación es una condición de forma del acto administrativo (*op. cit.*, t. I, pág. 263).

112 HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Comentada, Anotada y Concordada con Normas Provinciales*, Buenos Aires, 1985, pág. 323.

113 Véase sobre este punto: TAWIL, Guido S. - MONTI, Laura M., *La Motivación del Acto Administrativo*, Buenos Aires, 1998, pág. 66 y sigs.

114 En contra: RIVALTA, María, *op. cit.*, pág. 152, quien cita jurisprudencia del Consejo de Estado italiano (págs. 164-165). Para BIELSA, el principio general es la motivación, salvo que no exista necesidad jurídica de ella (*op. cit.*, t. II, pág. 90). Tal resulta ser, a

la respectiva exigencia surge de una norma expresa —o bien— de la naturaleza de ciertos actos [115].

Entre los actos que requieren motivación se han señalado los siguientes:

a) los que traducen un juicio (ej.: la decisión en un concurso) [116];
b) los actos emitidos en ejercicio de facultades discrecionales [117];
c) la revocación de un acto cuyo dictado requirió a su vez de motivación [118];
d) los actos que limiten derechos subjetivos [119] o intereses legítimos;
e) los que impliquen una modificación de alguna práctica administrativa [120];
f) los que resuelvan recursos o se separen del criterio seguido en el expediente y aquellos actos que se aparten del dictamen del órgano consultivo [121];
g) el acto por cuyo mérito se rechace una aprobación o autorización [122];
h) en general, todos los actos que restringen la esfera jurídica de los particulares [123].

En el derecho positivo, se observa una evolución favorable a prescribir la obligación genérica de motivar los actos administrativos o al menos cierto tipo de actos, como los que se han señalado precedentemente. En esta última tendencia se hallan enroladas la Ley

---

nuestro juicio, también la postura de FIORINI (cfr. *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 340).

115 ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 275; FOLIGNO, Darío, *L'Attività Amministrativa*, pág. 129, Milán, 1966; JUSSO, Raffaele, *Motivo e Motivazione nel Procedimento Amministrativo*, pág. 45 y sigs., Milán, 1963; RANELETTI, Oreste, *op. cit.*, pág. 99 y sigs.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 461; DIEZ, Manuel M., *El Acto Administrativo*, pág. 241. En Francia, la mayoría de la doctrina es contraria a la obligatoriedad de la motivación para todos los actos administrativos: WALINE, Marcel, *op. cit.*, pág. 462; LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, pág. 262.

116 DIEZ, Manuel M., *El Acto Administrativo*, págs. 241-242.

117 Véase: GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 516.

118 ALESSI, Renato, *La Revoca degli Atti Amministrativi*, pág. 138, Milán, 1956.

119 Art. 54, inc. a) de la ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (RJAP y PAC).

120 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 329; DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, pág. 242.

121 Art. 54, incs. b) y c) de la Ley española (RJAP y PAC). Ver asimismo: DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, pág. 242.

122 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 329; ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 275.

123 ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 275.

española [124 y 125] y las leyes de procedimiento administrativo de las provincias de Buenos Aires y de Córdoba. En el orden local, las normas que contienen los cuerpos normativos sobre el procedimiento administrativo que han dictado las provincias citadas, resultan criticables desde un doble punto de vista: en cuanto limitan la exigencia de motivar el acto que traduzca una decisión final y en razón de que los supuestos mencionados no constituyen una completa enunciación de los casos reconocidos por la doctrina. Por tales razones, entendemos que en dichos ordenamientos locales también existirá la obligación de motivar en todas aquellas situaciones en que la naturaleza del acto lo requiera [126].

Distinta es la situación que se presenta en el orden nacional, después de la sanción de la Ley de Procedimientos Administrativos, donde en el art. 7°, inc. e) se estatuye como requisito esencial del acto administrativo el siguiente: "Deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inc. b) del presente artículo".

Una interpretación literal del texto citado conduce a sostener que la obligación genérica de motivar los actos administrativos rige para todos los supuestos, sin excepción [127].

124 El art. 54 de la LRJAP y PAC prescribe: 1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: a) los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos; b) los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje; c) los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos; d) los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera sea el motivo de ésta; e) los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos; f) los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa. 2. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de la concurrencia competitiva se realizará de conformidad con las normas que disponen sus convocatorias, debiendo en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

125 Respecto de la anterior Ley de Procedimiento española, véase GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 515. El antecedente normativo que consagraba en España la obligación general de motivar los actos administrativos era el art. 76 del Reglamento de Procedimiento Administrativo del Ministerio de la Gobernación del año 1947.

126 Provincia de Buenos Aires, ley citada, art. 108; provincia de Córdoba, ley citada, art. 98, que preceptúan la obligación de motivar todo acto administrativo final en los siguientes casos: a) cuando decida sobre derechos subjetivos: b) resuelva recursos, y c) se separe del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.

127 Ésta es la postura de TAWIL, Guido S. - MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Buenos Aires, 1998, pág. 59.

Pero, no obstante que la redacción de la norma indica en este punto un apartamiento de la fuente doctrinaria [128], consideramos que, en casos excepcionales, no existirá la obligación de motivar el acto por parte del órgano estatal, tal como lo reconoce inclusive un sector de la doctrina proclive a sostener el requisito de la motivación como principio general, lo cual ocurrirá cuando precisamente no exista la necesidad jurídica de realizarla [129] (ej.: la emisión de una orden de compra en una licitación pública en virtud de que se trata de un acto de contenido reglado cuya causa se encuentra en otro acto administrativo ya motivado) o bien, cuando la propia naturaleza del acto lo impidiera (v.gr., la orden de paso que da un agente de tránsito).

10. LAS FORMAS DE PUBLICIDAD: PUBLICACIÓN Y NOTIFICACIÓN

La necesidad de que todo acto administrativo sea dado a conocer a quien lo afecta, en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, ha hecho nacer la exigencia de la publicidad como una garantía jurídica para la protección de los administrados, la certeza y seguridad de las relaciones jurídicas.

En materia de publicidad del acto administrativo, la postura tradicional considera que ella es un requisito que hace a la eficacia del mismo. Se sostiene, de esta manera, que un acto puede ser válido en el sentido de que reúna todos los elementos esenciales, pero al propio tiempo ineficaz, si no ha sido dado a publicidad [130].

La distinción entre los requisitos del acto según que los mismos hagan a su validez y eficacia importa utilizar una terminología propia de un problema totalmente distinto que se plantea en la teoría general del derecho, relacionado con la circunstancia de que para que determinado orden normativo o norma particular sea válido es necesario que guarde correspondencia con el principio de efectividad [131].

La publicidad, en cuanto constituye un requisito de exteriorización de la voluntad administrativa, configura un recaudo inherente,

128 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 329.

129 BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. I, pág. 90.

130 GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 525. HALPERIN, David A. - GAMBIER, Beltrán, *La Notificación en el Procedimiento Administrativo*, Depalma, 1989, pág. 6 y sigs.; CNac. Fed. Cont. Adm., Sala II, 1-XII-1992, *in re* "Villa, Alicia c/ UBA", LL, t. 1993-A-20; Sala II, 5-III-1992, *in re* "Preasco, Jorge Ángel c/ FN s/ nulidad de resolución" y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Cima", *Fallos*, 298:172 y sigs.

131 Véase KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, págs. 142-147, Buenos Aires, 1963.

al elemento forma [132]. Si la publicidad aparece exigida por el ordenamiento jurídico y no se cumple con tal requisito, es evidente que el acto como tal, no habrá nacido. Si por el contrario, la publicidad se observa, pero en forma defectuosa, el acto será inválido, siempre que la irregularidad tenga trascendencia jurídica suficiente.

Por ello no es correcto afirmar que la publicidad hace estrictamente a la eficacia del acto y no a su validez, tal como lo postula la tesis tradicional en la materia. En efecto, aparte de que el problema de la vigencia de un acto válido puede depender de determinadas circunstancias (ej.: condición y término) resulta evidente que cuando la publicidad aparece exigida por el ordenamiento administrativo y ella se realiza en forma irregular, se configura un vicio o defecto que hace a la validez del acto, no a su eficacia.

En definitiva, la pretendida falta de eficacia del acto administrativo no indica otra consecuencia que la comprobación de que él no ha nacido, en razón de que no ha producido aún efectos jurídicos directos con relación a terceros, lo cual exige que el acto, en principio, sea dado a publicidad.

Las consideraciones expuestas conducen a negar la posibilidad de que alguna especie de publicidad (v.gr., la notificación) constituya un nuevo acto administrativo, como afirma un sector de la doctrina española [133], ya que siempre la publicidad es un requisito propio del acto que integra. Cuando el particular o administrado impugna —por ejemplo— la notificación defectuosa de un acto, lo que está realmente impugnando es un elemento esencial y autónomo del mismo: su forma.

La publicidad comprende como género dos especies: la publicación y la notificación. La primera de ellas es la regla en materia de reglamentos [134] y consiste en la transcripción del acto en el *Boletín*

132 Cfr. FORSTHOFF, Ernst, *op. cit.*, pág. 328; FIORINI, Bartolomé A., *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*, pág. 131 y sigs.; GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, pág. 323, quienes empero no se pronuncian del todo contrarios a la distinción entre requisitos que hacen a la validez y recaudos que se relacionan con la eficacia. De nuestra opinión participa MERTEHIKIAN, Eduardo en el comentario al fallo "Frávega" de la Sala I de fecha 12-IX-1995, RAP, nro. 210, pág. 167 y sigs., Buenos Aires, 1996. La mayoría del tribunal —con la disidencia de Coviello— sostiene la tesis contraria.

133 ENTRENA CUESTA, Rafael, *op. cit.*, pág. 494.

134 LNPA, art. 11. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "la exigencia de la publicación de los decretos emanados del Poder Ejecutivo... atañe tan sólo a los que hubiesen sido dictados en uso de la facultad constitucional que acuerda el art. 86, inc. 2° (actualmente el art. 99, inc. 2°) y ciertamente no se extiende a los que carecen de contenido normativo" (cfr. *Fallos*, 251:411); véase: BOQUERA OLIVER, José M., "La publi-

Oficial o en cualquier otro boletín público del Estado (según las circunstancias), aunque también se admite que, en ciertos casos, se coloque el texto del acto objeto de publicidad en un lugar en que pueda ser visto por el público (cartelera, pizarra, etc.). Pero nada obsta a que también sean publicados los actos de alcance individual [135] lo cual constituye una práctica bastante seguida en nuestro país respecto de determinados actos (v.gr., contratos de cierta trascendencia).

La otra especie de publicidad es la notificación, que traduce un efectivo y cierto conocimiento del acto por parte del particular. Ella es propia de los actos de alcance individual [136], no rigiendo para los reglamentos, donde se exige la publicación a fin de que todos los destinatarios de las normas generales se hallen situados en un pie de igualdad, para no afectar el correspondiente principio constitucional (art. 16 de la Const. Nac.).

En cuanto a la forma en que se notifica el acto de alcance individual, la regla es la notificación personal y fehaciente, sistema opuesto al de la notificación ficta o presunta, que rige en el derecho procesal.

En el orden nacional, el reglamento de procedimientos administrativos prescribe que la notificación del acto puede realizarse por diferentes medios: a) por la notificación del particular en el expediente administrativo, dejándose constancia expresa con justificación de la identidad del interesado; b) por la presentación espontánea del administrado de la cual surja que se ha tomado conocimiento fehaciente del respectivo acto; c) por cédula diligenciada conforme al procedimiento que prescribe el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; d) por telegrama colacionado, con aviso de entrega; e) por oficio impuesto como certificado expreso con aviso de recepción [137]; f) por carta documento o por los medios que indique la autoridad postal y g) también en forma verbal, cuando el acto no se encuentre documentado por escrito [138].

Resulta criticable, por su generalidad, la norma que el reglamento estatuye respecto de la notificación verbal, la cual sólo puede ser admitida cuando la naturaleza del acto lo exigiera (ej.: notificación de la orden de sacar un vehículo irregularmente estacionado en la vía pública) o en casos de necesidad y urgencia.

---

cación de disposiciones generales", *Revista de Administración Pública de Madrid*, nro. 31, pág. 57 y sigs.

135 GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 528.

136 LNPA, art. 11.

137 RLNPA, art. 41, incs. a), b), c), d), e), f) y g).

138 RLNPA, art. 45.

El RLNPA regla también lo atinente al contenido de los distintos medios de notificación, prescribiendo que en las cédulas y oficios se transcriban íntegramente los fundamentos (nosotros entendemos que la norma se refiere a la motivación) y la parte dispositiva, mientras que, con relación a los edictos, se exige solamente la transcripción íntegra de la parte dispositiva [139].

11. LA FINALIDAD

El elemento finalidad configura otro requisito esencial del acto administrativo que se relaciona con el aspecto funcional del acto representado en el fin concreto de interés público o bien común que por él se persigue [140].

Ya sea que, por reproducir lo que acontece en el Derecho Privado, se designe a este requisito bajo el nombre de causa [141], o bien, se lo ubique dentro de la propia voluntad, lo cierto es que prácticamente toda la doctrina, reduciendo las discrepancias terminológicas, reconoce su existencia como una condición de validez del pertinente acto administrativo.

La LNPA en su art. 7°, inc. f), prescribe que la finalidad constituye un requisito esencial del acto, siguiendo la opinión de quienes postulan su admisión como un elemento autónomo y diferente de la causa [142].

Tal criterio es correcto en virtud de que permite deslindar palmariamente dos aspectos esenciales que hacen a la validez del acto: por una parte, los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican el dictado del acto (causa), y por la otra, los fines que se persiguen al emitirlo.

139 RLNPA, art. 43.

140 SANDULLI, Aldo M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, pág. 401, Napoli, 1970; BOQUERA OLIVER, José M., *Estudios sobre el Acto Administrativo*, pág. 82, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1986.

141 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 257.

142 Ley 19.549, art. 7°, inc. f); MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 343 y sigs.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 448 y sigs.; GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 495 y sigs.: ENTRENA CUESTA, Rafael, *op. cit.*, págs. 486-489; SANDULLI, Aldo M., *op. cit.*, pág. 417; PRAT, Julio A., *op. cit.*, pág. 117 y sigs. Para diferenciar la finalidad de la causa, la doctrina suele dar el ejemplo del acto que dispone la demolición de un edificio que amenaza ruina, donde la causa consiste en la situación ruinosa del inmueble mientras que el fin de interés público es el propósito de evitar el peligro que una finca en ese estado puede ocasionar a sus moradores y transeúntes (GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, págs. 495-496).

La finalidad que se procura al dictar cualquier acto administrativo debe hallarse en el marco de la función administrativa y el ordenamiento jurídico [143] apareciendo exigida como un requisito de legalidad del acto, tanto en la actividad reglada como en la discrecional. La confrontación del fin que persigue el acto con el interés público, conforme al ordenamiento jurídico, debe juzgarse en el momento en que el acto cobra vigencia para el derecho. Por ello se ha sostenido que la desarmonía del acto como consecuencia de un cambio posterior del derecho objetivo o de las circunstancias de hecho que motivaron su dictado no convierte al acto en ilegítimo [144] sino en inoportuno o inconveniente. En tales casos, si la Administración decide extinguir el acto en cuestión por razones de interés público no se trata de una revocación por razones de ilegalidad sino por razones de mérito o conveniencia, lo cual engendra siempre el derecho del particular o administrado a una justa indemnización [145].

Es por ello que resulta errada la postura de quienes, al referirse a la carencia de interés público suficiente en el acto, mencionan la existencia de vicios de mérito [146] ya que los vicios o defectos del acto sólo se relacionan con los requisitos de validez, es decir de legitimidad, y no con los referentes a la posibilidad de extinguir el acto por razones de interés público que sobrevengan a su emisión.

En consecuencia, el acto no puede perseguir otra finalidad directa o encubierta que el interés público que prescriba la norma en ejercicio de una actividad reglada [147] o del que surja de la confrontación con la función administrativa que el órgano cumple, si la pertinente actividad fuere discrecional.

Es precisamente en el ejercicio de la actividad discrecional donde se demuestra la importancia que corresponde asignar al elemento finalidad como requisito esencial y autónomo de validez del acto administrativo, ya que cuando la actividad fuera reglada, bastará con

143 SANDULLI, Aldo M., *op. cit.*, pág. 402; ver también: PRAT, Julio A., *op. cit.*, pág. 114, quien al respecto expresa que en "el derecho público, y en especial en derecho administrativo, el fin está impuesto expresa o implícitamente por el legislador".

144 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 457-461 y pág. 599 y sigs.

145 La jurisprudencia suele confundir ambas situaciones tal como surge de los casos "Hopstein" y "Yarque" resueltos por la Sala F de la CNac. Apel. Civ. de la Cap. Fed., publicados en ED, t. XLII, pág. 175 y sigs., y de nuestro comentario "La revocación de la autorización para construir por razones de interés público", donde criticamos la fundamentación de ambos fallos.

146 ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 280.

147 Supuesto contemplado en el art. 7°, inc. f) de LNPA, para cuya interpretación es fundamental averiguar la voluntad del autor del acto.

confrontar la finalidad del acto con el derecho objetivo para determinar o no su adecuación al interés público.

En cambio, en la actuación discrecional de la Administración se da en grado mayor la oportunidad de dictar actos con fines encubiertos, ya sea que se emitan en interés de beneficiar a la Administración Pública, a un tercero o al propio agente emisor del acto [148]. Así, nuestra legislación sanciona el acto que sea emitido por razones encubiertas o para eludir la aplicación de una ley [149].

El concepto de fin violatorio del ordenamiento jurídico comprende no solamente el fin encubierto, sino también el fin que, directa o indirectamente, no responda al interés público concreto exigido para el caso en cuestión, cualquiera sea la índole de la actividad (reglada o discrecional) [150], teniendo presente que "las medidas que el acto involucre deben ser adecuadas a aquella finalidad" [151].

12. LAS DENOMINADAS CLÁUSULAS ACCIDENTALES O ACCESORIAS Y EL CONTENIDO DEL ACTO

Dentro del contenido u objeto del acto administrativo es posible, siempre que la Administración disponga de facultades discrecionales para hacerlo, introducir cláusulas que amplíen o restrinjan el contenido normal del acto. A tal tipo de cláusulas, que integran el denominado contenido eventual o accidental del acto [152], la doctrina le asigna la denominación de elementos accidentales o cláusulas accesorias [153]. Sin embargo, hay que anotar que las figuras jurídicas que se incluyen por lo común bajo tal denominación (plazo, condición y modo) pueden configurar requisitos de carácter esencial para la validez del acto, situación que ocurrirá siempre que la respectiva cláusula no fuere separable y afectare la esencia del acto dictado [154].

148 LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, págs. 503-504; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, págs. 451-452.

149 El art. 7°, inc. f) de la LNPA expresa que no se podrán "perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos que los que justificaren el acto, su causa y objeto".

150 Por las razones que exponemos en el texto la redacción de la norma (art. 7°, inc. f], LNPA) resulta incompleta.

151 Cfr. LNPA, art. 7°, inc. f).

152 Particularmente la doctrina italiana: SANDULLI, Aldo M., *op. cit.*, pág. 411; LUCIFREDI, Roberto, *op. cit.*, pág. 38 y sigs.; ZANOBINI, Guido, *op. cit.*, t. I, pág. 350.

153 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 262 y sigs.; SANDULLI, Aldo M., *op. cit.*, pág. 411; GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 479; ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 299.

154 El criterio del texto es el que sigue la LNPA en el art. 16, para determinar los efectos de la invalidez de una cláusula accesoria.

Con base en tal criterio, se analizarán seguidamente los distintos supuestos que pueden configurar la existencia de cláusulas accesorias, con la advertencia de que resulta difícil realizar una formulación completa de todas las cláusulas de este carácter, dada la variada gama de situaciones que se pueden presentar en el plano de la realidad jurídica.

A) Plazo

El plazo o término —que constituye un concepto propio de la teoría general del derecho— indica el instante de tiempo en que el acto comienza a producir efectos jurídicos, o bien, el momento en que los mismos cesan. Con referencia a estos dos tipos de plazo, se habla de un término inicial, en el primer supuesto, y de un término final en el segundo [155].

En el Derecho Administrativo, los plazos de los actos administrativos se computan por principio conforme a las reglas contenidas en el título preliminar del Código Civil, o sea, por días corridos, salvo que una norma expresamente dispusiera lo contrario, tal como ocurre en materia de procedimientos administrativos, en el orden nacional, es decir, con los actos relacionados con recursos, reclamaciones y denuncias [156] al prescribir que los plazos se computarán en días hábiles administrativos.

Dicha conclusión resulta de una interpretación razonable y sistemática de la norma (art. 1°, inc. e], LNPA) acorde con la intención de los redactores, ya que en algunos supuestos el otorgamiento de un plazo no se relaciona con el funcionamiento de dependencias u oficinas de la Administración, como ocurre —por ejemplo— respecto del plazo de cumplimiento de algunos contratos administrativos (ej.: concesión de servicios públicos).

En algunas circunstancias, el plazo o término opera como un requisito esencial del objeto o contenido del acto y un caso típico de este aserto se da en aquellas concesiones de privilegios que por imperio de una norma constitucional (art. 75, inc. 18, Const. Nac.) deben ser temporales (v.gr. cuando la concesión implicara el conferimiento de un monopolio o el otorgamiento de una exención) [157].

155 ALESSI, Renato, *op. cit.*, pág. 300.

156 Véase: art. 1°, inc. e), LNPA.

157 Cuya sustancia de acto administrativo resulta indiscutible conforme al criterio que seguimos en la presente obra (material u objetivo) por el cual se admite la posibilidad de que el Congreso dicte actos administrativos.

B) Condición

Por ella se entiende el acontecimiento futuro e incierto al cual se subordina el nacimiento o extinción de los efectos del acto administrativo, lo cual da origen, respectivamente, a la condición suspensiva o resolutoria.

En la doctrina se ha negado la posibilidad de que un acto se dicte bajo una condición suspensiva, alegando que en el Derecho Administrativo el respectivo acto debe emitirse conforme a una situación de hecho actual y no futura, puesto que de lo contrario existiría un vicio en la causa, al faltar los antecedentes de hecho que justifican su emisión [158].

Al disentir con tal postura doctrinaria de acuerdo con otro sector de tratadistas [159], consideramos que la condición suspensiva es procedente en el Derecho Administrativo, donde comúnmente en ciertas relaciones se subordina el comienzo de los efectos del acto al dictado de otro acto futuro e incierto, como acontece en materia de aprobación. En este último caso, si existiera un vicio en el acto que la dispone, tal defecto no incide en la validez del acto aprobado, si bien para que éste produzca efectos jurídicos es necesario que se subsane el vicio o defecto existente en el acto de aprobación.

C) Modo

Consiste en una carga u obligación que se le impone al particular administrado, que la Administración puede discrecionalmente incluir o no, pero que no existiría si la respectiva cláusula accesoria no hubiera sido establecida. Suele ser común la inclusión de cláusulas modales en determinadas contrataciones administrativas (ej.: construcción de un hospital por parte del contratista de una obra pública que se realizara en sitios alejados de los centros urbanos).

La distinción entre el modo y la condición, se basa en lo siguiente:

a) Mientras que el acto condición no produce sus efectos hasta que la condición se cumple (o deja de producirlos en el supuesto de la condición resolutoria) el acto con cláusula modal opera sus efectos hasta tanto la Administración no declare su caducidad.

158 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 351; GORDILLO, Agustín A., *El Acto Administrativo*, 2ª ed., págs. 55 y 404.

159 ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 300; SANDULLI, Aldo M., *op. cit*, págs. 425-426; ZANOBINI, Guido, *op. cit.*, t. I, pág. 251.

b) La carga u obligación puede exigirse mediante una acción directa de la Administración, no así la condición.
c) Por lo general, la invalidez de la condición afecta, en mayor grado que la del modo, la validez del acto [160].

D) Otras cláusulas particulares: reservas de revocación y de rescate

Entre las cláusulas accidentales, suelen incluirse también las denominadas reservas de revocación y de rescate, en una tesitura que no es compartida por otro sector que entiende que, si la facultad de revocar un acto por razones de oportunidad como de proceder al rescate de una concesión de servicios públicos, proceden siempre que concurran razones de interés público, la inclusión de tales cláusulas carecería de sentido [161].

La inserción de tales cláusulas no resulta superflua siempre que la Administración carezca de atribuciones para proceder conforme a la reserva de revocación o rescate, ya que en caso contrario, carecería de utilidad la inclusión de una cláusula que fuera reiterativa de una potestad de la cual goza por prescripción expresa del ordenamiento.

En tal sentido, constituiría un elemento accesorio del acto la cláusula por la cual la Administración se reservase, en forma expresa, el derecho a revocar una concesión de servicios públicos por razones de interés público, siempre que la respectiva cláusula no fuera confiscatoria e irrazonable.

En cuanto al rescate, la inclusión de la cláusula no debe considerarse implícita, sino que debe ser expresamente pactada y dispuesta en sede judicial en atención a que al implicar la posibilidad de incautarse de los bienes del concesionario, se estaría violando no sólo los principios que rigen en materia expropiatoria sino también un límite general puesto a la ejecutoriedad del acto administrativo, cual es el ejercicio de la coacción sobre las personas o bienes [162].

La tendencia actual se orienta a considerar estas cláusulas como privilegios estatales de signo autoritario cuyo ejercicio genera siempre abusos y contradice la política de los países que procuran atraer inversiones y generar la mayor seguridad jurídica posible.

160 Cfr. ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 301.
161 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 360.
162 CASSAGNE, Juan C., *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo*, pág. 95 y sigs., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.

CAPÍTULO IV

EL SISTEMA GENERAL DE LA INVALIDEZ Y LOS VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

Sección 1ª

TEORÍA DE LA INVALIDEZ ADMINISTRATIVA

1. Planteo y metodología.
2. Antecedentes y lineamientos generales del sistema de las nulidades en el Código Civil francés.
3. Los tipos de nulidad según nuestro Código Civil.
   A) Nulidad absoluta.
   B) Nulidad relativa.
   C) Actos nulos y anulables.
4. Las nulidades del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
5. Esbozo acerca de las relaciones entre vicios y validez.
6. Cuestiones liminares de la teoría de la invalidez
   A) El avance que implica la distinción entre ilegitimidad (o ilegalidad), invalidez e ineficacia.
   B) La presunción de legitimidad del acto administrativo.
   C) La clasificación bipartita de la invalidez: nulidad (nulidad absoluta) y anulabilidad (nulidad relativa). El mito del acto inexistente.
7. ¿Una nueva categoría? La ilegalidad o arbitrariedad manifiestas como vicio del acto administrativo.

8. La categoría del sistema de las nulidades fundada en el carácter rígido o flexible de la causal de invalidez.
9. La aplicación de las clasificaciones precedentes en el sistema de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.
10. El control *ex oficio* de la invalidez.
11. Efectos de la declaración de invalidez.
12. Características generales del sistema administrativista de las nulidades y sus diferencias con el régimen que estatuye el Código Civil.
13. Crítica de la teoría del acto inexistente, como categoría de invalidez. Las denominadas vías de hecho.
14. Conclusiones.

Sección 2ª

DE LOS VICIOS EN PARTICULAR

1. La clasificación de las nulidades y la regulación de los vicios en el derecho comparado.
2. La distinción entre los vicios del acto administrativo según su carácter subjetivo u objetivo.
3. Vicios de la voluntad:
   A) Error.
   B) Dolo.
   C) Violencia.
4. La simulación.
5. Vicios en el elemento subjetivo:
   A) Incompetencia.
      a) Incompetencia territorial.
      b) Incompetencia por razón de la materia.
      c) Incompetencia en razón del grado.
   B) Incapacidad.
6. Vicios que afectan a la causa del acto administrativo.
7. Defectos en el objeto.
8. Vicios de forma:
   A) Vicios relativos a las formas del proceso de integración de la voluntad administrativa.
   B) Defectos de la declaración.
   C) Vicios relativos a la publicidad.
9. La desviación del poder.
10. Invalidez de cláusulas accesorias.

CAPÍTULO IV

EL SISTEMA GENERAL DE LA INVALIDEZ Y LOS VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Sección 1ª

TEORÍA DE LA INVALIDEZ ADMINISTRATIVA

1. PLANTEO Y METODOLOGÍA

Una vez hecho el examen de la teoría de los elementos del acto administrativo como requisitos de su validez, corresponde que tratemos aquí lo relativo al sistema general de las nulidades o de la invalidez del acto administrativo, para luego, en un orden lógico, considerar aquellos aspectos que atañen a los vicios en particular, pues el estudio de los vicios no puede abordarse sin analizar previamente el sistema general de invalidez que los presupone.

Desde otro plano, resulta indispensable, habida cuenta del estado actual de la doctrina, de la jurisprudencia y del derecho positivo, formular un replanteo acerca del sistema general de la invalidez del acto administrativo, el cual, hasta el presente, no se ha podido librar totalmente de la influencia que ha ejercido el sistema francés.

Para ello se hace necesario empalmar este estudio con el sistema de las nulidades de la teoría general, ubicado en el Código Civil, para poder apreciar así las diferencias con el sistema francés y, con aquellos otros, como el español, que también son fuente de nuestro ordenamiento administrativo.

Desde luego que tal tesitura no significa el transplante de una categorización civilista al campo del Derecho Administrativo, cuya singularidad exige que la aplicación de los conceptos de la teoría ge-

neral se realice respetando sus peculiaridades propias [1], las que precisamente permiten sentar las bases para la composición de una teoría de la invalidez administrativa.

El camino que vamos a recorrer para realizar la sistematización del tema parte de una breve reseña de los antecedentes históricos que precedieron al sistema francés, para luego de examinar éste y el que recoge nuestro Código Civil, pasar al análisis de la invalidez administrativa propiamente dicha.

Es cierto que se puede sostener que constituye un lugar común el desarrollo de la metodología esbozada. Sin embargo, corresponde partir de la teoría general, dado que sólo ella puede proporcionar la base adecuada para una correcta dilucidación de los diversos problemas que componen la cuestión de la invalidez administrativa, al permitir ubicar el origen y fundamento de los criterios que informan a cada sistema y, al propio tiempo, desbrozar equívocos terminológicos.

2. ANTECEDENTES Y LINEAMIENTOS GENERALES DEL SISTEMA DE LAS NULIDADES EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Para los doctrinarios franceses el sistema que recoge el Código Civil de su país resulta de una combinación de criterios que fluyen de los precedentes históricos del derecho romano y del antiguo derecho francés.

En Roma, el derecho pretoriano hizo surgir en materia de nulidades la siguiente distinción: si el acto adolecía de uno de los requisitos de validez, la sanción era la nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta; si, en cambio, el pretor, utilizando un procedimiento especial acordaba la extinción de un contrato celebrado por un menor (por ejemplo), la nulidad resultante se consideraba relativa, en el sentido de que ella requería la promoción de una acción judicial que la declarase [2].

Para los Mazeaud, fue en el antiguo derecho francés donde se introdujo un criterio distinto, consistente en fundar la clasificación en-

1 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás R., *La Doctrina de los Vicios de Orden Público*, pág. 115, Madrid, 1970; *Fallos*, 190:150, 151.

2 RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol*, t. I, "Parte General", págs. 451-452, nota 193, traducción del francés, Buenos Aires, 1963; MAZEAUD, Henry, Léon y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, "Parte Segunda", Vol. I, págs. 338-339, traducción del francés, Buenos Aires, 1960. Las sanciones y remedios procesales contra el dolo y la violencia fueron introducidas por el pretor al final de la República, como consecuencia del incremento del comercio y la afinación del sentido jurídico, que llevó a la prevalencia de la esencia sobre la forma del acto (cfr. BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, págs. 96 y 98, traducción de la 8ª edición italiana, Madrid, 1965).

tre nulidades absolutas y relativas sobre la base de que se perjudicara el orden público o el interés privado, agregando que tal criterio no coincidía con el vigente en el derecho romano, en razón de que la carencia de un requisito esencial del acto no en todos los supuestos afectaba el orden público [3].

Dejando de lado las opiniones de Aubry y Rau, Demolombe y las vertidas por Planiol en las primeras ediciones de su tratado, la doctrina francesa contemporánea ha abandonado, después de una lenta evolución, la clasificación romanista de las nulidades de pleno derecho (criterio procesal) y apoya su teoría en la distinción entre nulidades absolutas y relativas. Las primeras, aparecen fundadas en consideraciones de orden público, cualquier particular puede alegarlas, el acto no es susceptible de saneamiento y la acción se prescribe por el plazo más largo. Las nulidades relativas, en cambio, están fundadas en razones que hacen al interés individual, y por lo tanto: la acción sólo incumbe a las personas que la ley tiene interés en proteger, es susceptible de saneamiento y la respectiva acción prescribe a los diez años [4].

El abandono de la clasificación entre nulidades de pleno derecho y nulidades judiciales, es atribuido por Marty y Raynaud al hecho de que, en definitiva, si los interesados no llegasen a un acuerdo sobre la causal de invalidez se hace necesario acudir a la justicia, y a la inversa, porque la intervención del juez en el instante en que las partes se pongan de acuerdo sobre la validez del acto resulta innecesaria [5].

3. LOS TIPOS DE NULIDAD SEGÚN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

El sistema que estructura el Código Civil argentino en materia de nulidades se ha juzgado superior al que consagran otras legislaciones, en cuanto los fundamentos en que reposa permiten aplicar los criterios clasificatorios a las variadas situaciones que se presentan en la práctica [6].

Si bien hubo quienes como Moyano y Llerena pretendieron refundir las clasificaciones que trae el Código Civil en una sola, sosteniendo la equivalencia entre los actos anulables y de nulidad relati-

3 MAZEAUD, Henry, Léon y Jean, *op. cit.*, "Parte Segunda", Vol. I, pág. 339.

4 Ver entre otros RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *op. cit.*, t. I, "Parte General", pág. 454 y sigs.; MAZEAUD, Henry, Léon y Jean, *op. cit.*, "Parte Segunda", Vol. I, pág. 335 y sigs.; CARBONIER, Jean, *Droit Civil*, t. II, nro. 131, ed. 1955.

5 MARTY, Gabriel - RAYNAUD, Pierre, *Droit Civil*, t. I, nro. 158, ed. 1956.

6 BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, t. II, pág. 382, Buenos Aires, Perrot, 1965.

va, lo cierto es que la doctrina contemporánea se ha pronunciado contraria a tal simplificación, por entender que dichas clasificaciones responden a distintos fundamentos, en virtud precisamente de haber seguido el codificador el *Proyecto* de Freitas [7] y al Código de Bello [8].

Puede advertirse también que hay una clasificación acerca de cuyo funcionamiento y efectos no existen discrepancias y ella es la distinción entre nulidad absoluta y relativa. El criterio que la preside se basa en que el vicio o defecto del acto transgreda el orden público, en cuyo caso la nulidad es absoluta, mientras que cuando la nulidad es relativa, ésta sólo incluye a aquellos actos viciados que la ley sanciona en protección de intereses de orden individual [9].

El régimen y funcionamiento de ambos tipos de nulidades aparece reglado en los arts. 1047 y 1048, del Cód. Civ. de los cuales resulta:

A) Nulidad absoluta

a) Puede y debe ser pedida por el juez, aun sin petición de parte, *cuando aparece manifiesta en el acto* (art. 1047, 1ª parte, Cód. Civ.).
b) Puede ser alegada por cualquier particular que tenga interés en hacerlo, a excepción de quien ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1047, 2ª parte, Cód. Civ.).
c) El Ministerio Público puede pedir su declaración en el solo interés de la moral o de la ley (art. 1047, 3ª parte, Cód. Civ.).
d) No es susceptible de confirmación (art. 1047, 3ª parte, Cód. Civ.).
e) Es imprescriptible [10].

B) Nulidad relativa

a) No puede ser declarada por el juez sino a pedido de parte (art. 1048, 1ª parte, Cód. Civ.).

7 ALSINA ATIENZA, Dalmiro, "Retroactividad de la anulación de los actos jurídicos", JA, t. II, 1950, sec. doctrina, pág. 20; LLAMBÍAS, J. J., *op. cit.*, t. II, pág. 386 y sigs.; LÓPEZ OLACIREGUI, José M., "De la nulidad de los actos jurídicos", Revista *Lecciones y Ensayos*, nro. 17, pág. 24 y sigs., Buenos Aires, 1960; SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. I, pág. 663 y sigs., Buenos Aires, Depalma, 1967.

8 Véase: BELLUSCIO, Augusto C., "Declaración de oficio de la nulidad", ED, t. 95, pág. 785.

9 Cfr. LLAMBÍAS, Jorge J., *op. cit.*, t. II, págs. 598-599.

10 Cfr. LLAMBÍAS, Jorge J., *Apéndice al Tratado de Derecho Civil*, con las reformas introducidas por las leyes 17.711 y 17.940, pág. 92, Buenos Aires, 1969.

b)No la puede alegar el Ministerio Fiscal en el solo interés de la ley (art. 1048, Cód. Civ.).
c)Sólo la pueden aducir aquellos en cuyo beneficio se ha establecido por la ley.
d)Es subsanable [11].
e)Es susceptible de prescripción [12].

C) Actos nulos y anulables

La segunda clasificación que trae nuestro Código Civil es la que distingue entre actos nulos y anulables, y presenta mayores discrepancias en la doctrina.

Un sector considera (sobre la base de los diferentes supuestos que recoge en forma casuística el Cód. Civ.), que el acto nulo es aquel que adolece de un defecto patente y notorio, cuya nulidad no depende de juzgamiento, por ser manifiesta. En sentido inverso, cuando para descubrir el vicio fuera necesario realizar una investigación el acto sería anulable o de nulidad no manifiesta [13].

En realidad, puede sostenerse que el carácter visible o notorio del vicio sólo juega para determinar la posibilidad de que el acto pueda ser extinguido de oficio *cuando la nulidad sea absoluta* (art. 1047, 1ª parte, Cód. Civ.) y en lo que realmente descansa el fundamento de la distinción entre actos nulos y anulables es en la naturaleza rígida o fluida de la causal de invalidez. En tal sentido, se ha sostenido que el acto es nulo "porque adolece de una falla rígida determinada, dosificada por la ley, invariable e idéntica en todos los casos". El acto resulta anulable, por el contrario, cuando la causal de invalidez es fluida e indeterminada, variable, e intrínsecamente dependiente de apreciación judicial [14].

11 LÓPEZ OLACIREGUI, José M., *op. cit.*, pág. 25; LLAMBÍAS, Jorge J., *op. cit.*, t. II, pág. 633 y sigs.

12 LLAMBÍAS, Jorge J., *op. cit.*, t. II, págs. 604-606.

13 BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, t. II, pág. 388; LÓPEZ OLACIREGUI, José M., *op. cit.*, pág. 25 y sigs.

14 LLAMBÍAS, Jorge J., *op. cit.*, t. II, pág. 595. Cuadra advertir, sin embargo, respecto del criterio de Borda, que este autor utiliza conjuntamente el criterio de Llambías y el de la visibilidad o apariencia del vicio para determinar cuándo un acto es nulo o anulable (*op. cit.*, t. II, pág. 388).

4. LAS NULIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Hasta el año 1941, la jurisprudencia de la Corte en materia de invalidez del acto administrativo se caracterizaba por aplicar casi literalmente las reglas que sobre las nulidades del acto jurídico prescribe el Código Civil en sus arts. 1037 y siguientes.

a partir del caso "Los Lagos" se inicia un proceso tendiente a sentar las bases para la construcción de una teoría autónoma de las nulidades del acto administrativo, habida cuenta de las diferencias que separan al Derecho Administrativo del Derecho Civil.

Como veremos seguidamente, la técnica utilizada para ello se apoyó en la analogía, procurando adaptar los conceptos y criterios generales que contiene el Código Civil, a la peculiar naturaleza y modalidades que presenta el Derecho Público, administrativo en la especie.

La mayoría de nuestra doctrina ha creído encontrar en la jurisprudencia que la Corte sentó en el caso "Los Lagos" [15] la base de sustentación para postular una simplificación excesiva de los tipos de invalidez administrativa en una postura que, por sus contradicciones, resulta totalmente inadecuada en la práctica para proteger los derechos de los administrados.

Antes de formular generalizaciones que pueden conducir a conclusiones equivocadas, hay que analizar el *leading case* procurando desentrañar la doctrina del fallo completándolo con la jurisprudencia posterior sobre la materia, rica en consecuencias jurídicas.

En el caso "Los Lagos" se planteó la nulidad de un decreto del Poder Ejecutivo nacional que en el año 1917 había declarado caducas las ventas efectuadas por el Estado a los antecesores del actor en el dominio, ordenando que el Registro de la Propiedad tomase razón de ello. A raíz de que el Procurador Fiscal opuso la excepción de prescripción, fundado en los arts. 4023 y 4030 del Cód. Civ., y previo fallo de la Cámara que acogió la defensa opuesta, la Corte consideró que el punto esencial sobre el que versaba la litis consistía en determinar cuál era la naturaleza o tipo de invalidez que afectaba el acto administrativo que disponía la caducidad de las ventas realizadas.

La doctrina fundamental que fluye del fallo citado puede resumirse así:

15 *Fallos*, 190:142 y sigs., y JA, t. 75, pág. 918 y sigs.

1°) Se extiende la aplicación al Derecho Administrativo de las reglas que prescriben los arts. 1037 y siguientes del Cód. Civ., "con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina" [16]. Hay, por lo tanto, aplicación analógica de normas y no relaciones de subsidiaridad [17].

2°) Las nulidades en el Derecho Administrativo se consideran en relación a los diversos elementos que integran el acto administrativo al igual que en el Derecho Civil (considerando 6°). Y si bien no resulta correcta ni completa la mención que el fallo hace de los elementos (competencia, objeto o finalidad y forma), lo cierto es que la conclusión que allí sienta apunta a sostener que en el Derecho Administrativo hay causas generales de invalidez, que corresponden al tipo de la nulidad absoluta, "aun cuando su declaración sólo pueda pedirse por los particulares interesados en él" (considerando 6°, *in fine*).

3°) No existe —en el Derecho Civil— correlación entre los actos nulos y los de nulidad absoluta, ni tampoco entre los actos anulables y los de nulidad relativa (considerando 7°).

Para confirmar la conclusión de que se trata de un acto de nulidad absoluta, aun dentro de la aplicación literal del Código Civil, la Corte se apoya en el art. 1045, ap. 2° del Cód. Civ. [18], sosteniendo además, que se trata de un supuesto de acto anulable (en el sentido de que requiere una investigación de hecho, o sea, de un acto de nulidad no manifiesta) [19].

Con ello, se procura demostrar, como surge de la propia sentencia que "la necesidad de esa investigación previa, para resolver acerca del verdadero carácter de la nulidad, no impide que una vez comprobada la inexistencia de la capacidad o falta de objeto del acto, la nulidad sea tan absoluta y produzca una nulidad de la misma naturaleza que la prevista por los arts. 1044 y 1047 del Cód. Civ., es decir, absoluta e insusceptible de confirmación aunque su invalidez sólo pueda ser declarada a petición de parte" (consid. 8°, *in fine*).

4°) Los actos administrativos tienen presunción de legitimidad. De esta regla se derivan según la Corte una serie de consecuencias, que han sido el principal motivo de confusión de la mayor parte de los intérpretes contemporáneos y posteriores del fallo.

16 JA, t. 75, pág. 922; *Fallos*, 190:142; 205:200 y 252:336, 337.

17 Véase lo que hemos expresado al respecto en el Capítulo I, Primera Parte, punto 8.

18 Sostiene que cuando fuese desconocida la incapacidad de derecho o la prohibición de la ley por la necesidad de alguna investigación de hecho, indudablemente alude la norma "a causas de nulidad basadas en la violación de la ley y del orden público cuya prueba no resulta del acto mismo" (JA, t. 75, pág. 923).

19 JA, t. 75, pág. 923.

En efecto, allí la Corte sostuvo que de la presunción de validez derivaba como consecuencia que toda invocación contra actos administrativos "debe necesariamente ser alegada y probada en juicio" [20]. En concordancia con esta afirmación el fallo expresa, más adelante, que en mérito a la presunción de validez que acompaña al acto administrativo será siempre necesaria una investigación del hecho (usando los términos del art. 1045 del Cód. Civ.) para determinar su invalidez, es decir, "una demanda en la cual el que ha recibido el agravio proveniente de la transgresión pruebe la validez" [21].

Pero esta aseveración, de la cual un sector de la doctrina dedujo la eliminación de la categoría de las nulidades manifiestas en Derecho Administrativo [22], ha perdido vigencia en la jurisprudencia posterior de la Corte [23].

5°) Se reconoce la existencia en el Derecho Administrativo de nulidades absolutas y relativas, si bien no se aplican literalmente las disposiciones del Código Civil; en tal sentido, el vicio de incompetencia, a causa de una prohibición constitucional, como era en el caso la violación del art. 109 (ex art. 95) de la Const. Nac., configura un supuesto de nulidad absoluta [24].

Como consecuencia de la categoría de nulidad absoluta que la Corte determinó, surgen las peculiaridades del régimen jurídico de tal tipo de invalidez, que son las siguientes:

a) el acto no es susceptible de saneamiento [25];

b) no se prescribe la acción para perseguir este tipo de nulidad (absoluta) del acto administrativo, no rigiendo en tales supuestos, el art. 4030 del Cód. Civ. [26].

Pero la Corte apunta, además, otra consecuencia, cual es la relativa a sostener que con arreglo a lo dispuesto en el art. 1050 del Cód. Civ. "la declaración de nulidad vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes de dictarse el decreto objetado" [27], es decir, que la

20 JA, t. 75, pág. 924.

21 JA, t. 75, pág. 925.

22 BOSCH, Jorge T., "La extinción de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Suprema Corte Nacional de Justicia", separata de la *Argentina de Estudios Políticos*, pág. 195, Buenos Aires, 1946.

23 CASSAGNE, Juan C., *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo*, pág. 87 y sigs.

24 Al respecto puede verse el caso: "Román, M. J. de Seze c/ Gobierno Nacional", LL, t. 94, pág. 242; véase también *Fallos*, 250:501.

25 LINARES, Juan F., *Cosa Juzgada Administrativa en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, págs. 27-28, Buenos Aires, 1946.

26 JA, t. 75, pág. 926.

27 *JA*, t. 75, pág. 926. Llama la atención que este principio no fuera recogido por la doctrina nacional que, en este punto, ha seguido al sistema francés.

invalidación surte efectos *ex tunc*, en el sentido contrario a la concepción de la doctrina que vinculaba tal circunstancia a la clasificación entre actos nulos y anulables [28].

La distinción fundamental entre nulidades absolutas o relativas que la Corte efectuó en el caso "Los Lagos" aparece reiterada en los precedentes jurisprudenciales posteriores [29], lo cual no implica adoptar, como se ha visto, todas las consecuencias que tal categorización tiene en el Derecho Civil.

5. ESBOZO ACERCA DE LAS RELACIONES ENTRE VICIOS E INVALIDEZ

El sistema que regula la invalidez y los consecuentes vicios del acto administrativo se encuentra directa y estrechamente enlazado con los elementos o requisitos exigidos por el ordenamiento o por la jurisprudencia —según los distintos regímenes comparados— para que la actividad administrativa pueda considerarse legítima y válida.

La presencia de un vicio revela que el acto ha nacido jurídicamente enfermo, con una patología que, en casos extremos —cuando se halla afectado el orden público— resulta insanable. Otras veces, los vicios actúan en forma similar a los virus y evolucionan con el tiempo, desdibujando su trascendencia en la vida jurídica o su misma vigencia real.

Producto de la creación jurisprudencial francesa, los vicios del acto administrativo fueron regulados en algunos países por el derecho positivo y aunque su sistematización haya sido obra principalmente de la doctrina, no hay que desdeñar el papel que cumplen los fallos judiciales para anclar, definitivamente, las concepciones imperantes en cada sistema.

En los sistemas hispano-americanos y de Europa Continental, la sistematización de los vicios del acto administrativo se basó en dos categorías de invalidez —nulidad y anulabilidad, o bien, nulidad absoluta y nulidad relativa— establecidas en función al grado de transgresión del ordenamiento, con diferentes consecuencias asignadas a cada especie de invalidez.

La propia historia del Derecho Administrativo demuestra que la creación jurisprudencial evolutiva de los vicios se consolidó una vez que se agotaron sus posibilidades en relación a cada elemento del

28 LLAMBÍAS, Jorge J., *op. cit.*, t. II, pág. 618 y sigs.

29 Ver caso "Román, M. J. de Seze c/ Gobierno Nacional", LL, t. 94, pág. 239 y sigs., especialmente pág. 242.

acto administrativo siendo, probablemente, difícil progresar mucho más por ese camino.

Ahora bien, la conexión entre los vicios y el sistema de invalidez aunque hace que aquéllos dependan, en cierto modo, de este último, también, paradójicamente, realimenta el sistema con cambios tanto jurisprudenciales como legislativos, que tratan de corregir o superar las debilidades que exhibe la construcción tradicional en su operatividad real.

Resulta obvio que el papel que desempeña todo sistema de invalidez —en las diversas ramas jurídicas— se vincula con la observancia del clásico principio general del derecho que predica la finalidad de *"afianzar la justicia"*, recepcionado en forma expresa por nuestro Preámbulo constitucional, el cual, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969), se conjuga en el derecho que tiene toda persona a una protección judicial efectiva que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la convención (art. 25).

Esa garantía de justicia, que pesa sobre el Poder Ejecutivo y los tribunales judiciales competentes, obliga a las autoridades administrativas a ajustar su actuación al principio de legitimidad (legalidad y razonabilidad), realizándose plenamente en la medida en que se haga realmente efectivo en los respectivos ordenamientos el control jurisdiccional de las actividades de gobierno y administración [30], a fin de que éstas se desenvuelvan con arreglo a la ley y al derecho [31].

Como parte del esquema garantístico, la tutela judicial efectiva viene, pues, a asegurar la legitimidad del obrar estatal en un marco de protección de los derechos de las personas en el que encuentran fundamento otros principios generales del Derecho Administrativo, como el relativo a la interdicción de arbitrariedad que, entre otras cosas, obliga a todo órgano público a motivar sus decisiones, en forma razonable y con arreglo a la ley, de modo de hacer posible un adecuado y suficiente control jurisdiccional.

30 Utilizamos esta terminología acorde con las fórmulas que incorpora la reforma constitucional de 1994; sobre las funciones de gobierno y administración del Presidente y del Jefe de Gabinete, puede verse nuestro *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 327-328, 5ª ed., Buenos Aires, 1996.

31 De esta fórmula, prescripta en la Constitución española vigente (art. 103.1 de la CE), la doctrina ha derivado trascendentes principios como la interdicción de arbitrariedad y el principio de juridicidad que hace a la plenitud del control jurisdiccional. Véase: FERNÁNDEZ, T. R., "De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario", en REDA, nro. 80, pág. 577 y sigs., Madrid, 1993.

Pero el sistema de invalidez se encuentra no sólo conectado con el principio de legitimidad, sino con un abanico de valores y principios jurídicos (seguridad jurídica, buena fe, eficacia de los fines que persigue la Administración, etc.) cuya dimensión de peso permite establecer, en cada caso, las posibilidades de conservar el acto administrativo, o bien de considerar que se trata de un acto válido, no obstante las ilegalidades de que adolezca.

A su turno, abordaremos la exposición del sistema argentino en el marco del derecho comparado (sobre todo del derecho español e hispano-americano) y de la evolución doctrinaria que, últimamente, ha puesto en duda la utilidad del sistema bipartito [32] de invalidez, basado en la distinción entre nulidad y anulabilidad.

6. CUESTIONES LIMINARES DE LA TEORÍA DE LA INVALIDEZ

En lo que sigue, vamos a ocuparnos, sucesivamente, de una serie de cuestiones, en cierto modo liminares, de la teoría de la invalidez administrativa, que lejos de perder actualidad, vienen siendo objeto de nuevas investigaciones y desarrollos doctrinarios, especialmente en el derecho español a raíz de la sanción de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992 [33].

A) *El avance que implica la distinción entre ilegitimidad (o ilegalidad), invalidez e ineficacia*

Muchas de las contradicciones que se han planteado en torno a la teoría de la invalidez administrativa obedecen, sin duda, al hecho

32 BELADIEZ ROJO, M., "La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación", en RAP, nro. 133, pág. 155 y sigs., Madrid, 1994.

33 Véase, entre otros: GONZÁLEZ PÉREZ, J. - GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, t. I, pág. 1111 y sigs., Madrid, 1997; GARRIDO FALLA, F. - FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (un Estudio de la Ley 30/92)*, pág. 161 y sigs., Madrid, 1993; PARADA, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, Comentarios y Texto de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre)*, pág. 249 y sigs., Madrid, 1993; LAVILLA RUBIRA, J. J., "Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos", en la obra *Administraciones Públicas y Ciudadanos. Estudio Sistemático de la Ley 30/92*, Barcelona, 1993; BELADIEZ ROJO, M., *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*, pág. 33 y sigs., con un estudio preliminar de A. Nieto, Madrid, 1994.

de haberse trasplantado, a veces sin las necesarias adaptaciones, las reglas y principios provenientes de la categorización civilista.

A partir de la poda, es muy poco lo que ha quedado en pie y, aun más, han nacido nuevas concepciones y principios propios de un derecho en formación sin las contaminaciones provenientes del Derecho Civil [34]. En esa línea, se propugna distinguir entre los conceptos de ilegalidad (para algunos ilegitimidad), invalidez e ineficacia, como un modo de explicar el funcionamiento armónico del sistema y depurarlo de las antinomias que lo rodean, continuando la clara obra de los juristas que abrieron el camino, con lúcidas elaboraciones, en la doctrina española [35].

Se ha dicho que la legalidad o ilegalidad constituye el resultado de una constatación en la que el operador jurídico contrasta el acto con la norma y verifica si se encuentran o no en concordancia [36]. Aún siendo ello parcialmente cierto, preferimos desde hace algún tiempo [37], acudir al concepto de legitimidad (como comprensivo de la norma positiva y de los principios generales del derecho, aun cuando éstos no tengan rango positivo) abarcando así tanto la legalidad como la razonabilidad y justicia, o sea, el derecho y no sólo la ley (que para un sector doctrinario configura el principio de juridicidad).

El análisis acerca de la validez o invalidez del acto administrativo —a diferencia del que se haga sobre la legitimidad o ilegitimidad— requiere de una valoración o calificación para poderlas declarar por parte de quien aplica el ordenamiento, luego de haber efectuado el juicio de verificación acerca de la legitimidad o ilegitimidad del acto en cuestión, mientras que la eficacia o ineficacia se refieren a la posibilidad de producir efectos.

Y si bien estos conceptos son independientes entre sí (ej.: ilegitimidad, invalidez e ineficacia) hay entre ellos, paradójicamente, de-

34 En palabras de Nieto: *"Las normas, en principio, no clasifican, sino que establecen el régimen de los fenómenos reales. Es la doctrina la que, siguiendo la estela de las normas, agrupa fenómenos que tienen el mismo régimen y con ellos* —a posteriori— *crea conceptos. Así lo hemos aprendido del Derecho romano, cuyo mejor heredero en este punto (al menos hasta hace muy poco) ha sido el Derecho administrativo, dado que el Derecho civil moderno nació ya contaminado por las elaboraciones teóricas producidas a lo largo de dos milenios, en notorio contraste con la ingenuidad, auténticamente adánica, con que nació el Derecho administrativo"* (en el Prólogo al libro de BELADIEZ, cit. *ut supra*, pág. 13).

35 FERNÁNDEZ, T. R., *La Doctrina de los Vicios de Orden Público*, en especial, pág. 101 y sigs., Madrid, 1970; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La Nulidad de Pleno de los Actos Administrativos*, pág. 39 y sigs., Madrid, 1972.

36 NIETO, Alejandro, *op. cit.*, pág. 10.

37 Véase nuestro *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 29, 5ª ed. Buenos Aires, 1997.

terminadas relaciones de interdependencia. Por eso, con particular agudeza, al referirse a las relaciones entre legalidad o legitimidad y validez, se ha señalado que ellas *"operan como dos círculos concéntricos"*, ocupando la última el círculo interior [38]. Así, aunque el acto administrativo sólo puede invalidarse cuando es ilegítimo, a la inversa, puede haber actos ilegítimos que no sean susceptibles de una declaración de invalidez (v.gr. las irregularidades intrascendentes o irrelevantes).

De otra parte, hay actos que siendo ilegítimos, aun cuando declarados inválidos, carecen de eficàcia respecto de terceros de buena fe que han adquirido derechos sobre el acto que luego resultó invalidado, cuyos derechos se consideran incólumes, no obstante la declaración de invalidez que se hubiera operado respecto de las partes de la relación originaria (que puede dar lugar a las indemnizaciones correspondientes en caso de imposibilidad de cumplimiento o restitución *in natura*) [39].

Más aun, es posible que un acto inválido adquiera validez a raíz de la confirmación o subsanación, o bien, por la conversión de sus elementos legítimos en un acto distinto, técnicas todas ellas que trasuntan la prelación acordada por el legislador o la jurisprudencia (esto último en el sistema francés) al principio de conservación sobre el de legitimidad.

B) *La presunción de legitimidad del acto administrativo*

La segunda cuestión que vamos a examinar se vincula con la llamada presunción de validez del acto administrativo, la que, por

38 NIETO, A., *op. cit.*, pág. 11, siguiendo a BELADIEZ, sostiene que la discordancia entre legalidad y validez se explica por la importancia que, en ciertas ocasiones, se da al fin del acto, en relación con la eficacia administrativa. Por nuestra parte, pensamos que la prevalencia de la eficacia sobre la validez puede ser peligrosa para las garantías del ciudadano y sólo debe proceder ante claras o manifiestas circunstancias del ordenamiento, sin violar los derechos fundamentales, o bien, para proteger los derechos de los terceros de buena fe.

39 Es la solución que prescribe nuestro Código Civil (art. 1051). Si bien, seguimos, en buena medida, la postura sostenida por Nieto y Beladiez, en punto a las distinciones efectuadas en el texto, creemos que, en los casos en que se protegen los derechos de los terceros de buena fe, el acto no se convierte en válido sino que carece de eficacia, o sea de efectos frente a ellos, habida cuenta la posibilidad de interpretar que la declaración de invalidez se limita a las partes originarias. Al propio tiempo, la declaración de invalidez de una cesantía producida después del fallecimiento del agente público no produciría el efecto de su reincorporación (caso en que la invalidez no produce sus efectos normales) sin perjuicio de la reparación patrimonial que puedan reclamar los herederos como consecuencia del acto declarado inválido.

las razones antes señaladas, resulta más correcto denominar *"presunción de legitimidad"* [40]. Esta figura, que marca un rasgo diferencial advertible con el Derecho Civil, viene a presumir que el acto administrativo —en razón de las garantías objetivas y subjetivas que rodean su emanación— se ha emitido de conformidad con el ordenamiento jurídico, por lo que, presumiéndose legítimo, posee validez hasta tanto sea declarada su invalidez.

En esta presunción radica la procedencia de la ejecutoriedad [41] o ejecutividad [42] del acto administrativo. No obstante, como toda presunción, no tiene carácter absoluto, es *iuris tantum*, en la medida en que cede frente a la presencia de una ilegitimidad manifiesta. En esta situación desaparece el deber del administrado de cumplir el acto administrativo tornando viable la articulación de pretensiones cautelares o la misma acción de amparo, para proteger efectivamente los derechos constitucionales de las personas frente a una ilegitimidad que surge del propio acto [43], siempre que la ilegalidad o arbitrariedad aparezcan en forma patente y notoria, sin necesidad de una investigación de hecho.

En el derecho argentino, el art. 12 de la LNPA prescribe la posibilidad de solicitar la suspensión del acto administrativo ante la Administración —norma que también resulta aplicable a la suspensión en sede judicial [44]— cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta, habiéndose sostenido, en virtud de que no se exige la prueba de la nulidad sino tan sólo su alegación, que el supuesto contemplado por la norma es el de la nulidad absoluta y manifiesta [45].

40 Una de las obras clásicas en la doctrina italiana es la de TREVES, G., *La Presunzione di Ligitimitá degli Atti Amministrativi*, Padova, 1936.

41 CASSAGNE, J. C., *op. cit.*, t. II, pág. 231.

42 DIEZ, M. M., *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 279 y sigs., Buenos Aires, 1965.

43 Art. 1°, ley 16.986 de amparo de Argentina; por su parte, en otros países como Venezuela se han sancionado leyes de amparo con la peculiaridad de que no existe plazo alguno de caducidad para promover el recurso de anulación por esa vía excepcional (art. 5° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

44 BARRA, R. C., *Principios de Derecho Administrativo*, págs. 423-424; CASSAGNE, Juan C., *op. cit.*, t. II, pág. 245.

45 HUTCHINSON, T., *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, t. I, pág. 270, Buenos Aires, 1985.

C) *La clasificación bipartita de la invalidez: nulidad (nulidad absoluta) y anulabilidad (nulidad relativa). El mito del acto inexistente*

El tercer punto que trataremos como parte de las cuestiones liminares que estamos analizando, se vincula con la clásica separación bipartita de la invalidez: nulidad o nulidad absoluta, por una parte, y anulabilidad o nulidad relativa, por la otra; la cual, pese a que originariamente fue tomada del Código Civil, se ha ido apartando de las fórmulas del Derecho Privado, hasta adquirir una fisonomía peculiar a raíz de la recepción de una serie de principios del Derecho Público que le asignan una tipicidad propia y diferenciada.

En el Derecho Administrativo, el interés general se encuentra presente en todos los supuestos de invalidez (nulidad absoluta o relativa). Sin embargo, ese interés general puede resultar indisponible y la respectiva acción imprescriptible cuando se halla en juego el orden público administrativo (que sería un tipo de interés general más intenso, jurídicamente protegido con un grado mayor que el principio de conservación) [46].

Mientras que en el Derecho Civil el interés general coincide con el orden público y su violación genera siempre una nulidad absoluta (a la que se asigna la calidad de insanable e imprescriptible, siendo ésta la regla general); la nulidad relativa se configura sólo cuando está en juego un interés privado, cuya disponibilidad corresponde a las partes legitimadas y no al Juez, ni cabe al Ministerio Público solicitarla *"en el interés de la moral o de la ley"* [47]. Por eso, en el régimen de la invalidez del Derecho Privado la nulidad relativa resulta sólo procedente cuando se protege la autonomía de la voluntad (vicios del consentimiento e incapacidad) por cuya causa la presencia de un interés privado, exclusivamente, viene a justificar la posibilidad de sanear el acto jurídico viciado.

Con todo, un somero análisis de algunos sistemas que exhibe el derecho comparado demuestra que el Derecho Administrativo no siempre ha seguido una misma orientación positiva ni jurisprudencial. En efecto, si se observa el sistema francés lo primero que salta a la vista es la gran trascendencia que allí tiene la nulidad absoluta [48]

46 *Fallos*, 306:1138.

47 Como prescribe nuestro art. 1047 del Cód. Civ.

48 Los juristas franceses se han preguntado acerca de la subsistencia de la nulidad relativa como causal de invalidez del acto administrativo, véase: WALINE, M., *Droit Administratif*, pág. 448, Paris, 1963; LAUBADÈRE, A. de, *Traité de Droit Administratif*, actualizado por VENEZIA, J. C. - GAUDEMET, Y, t. I, pág. 275, 9ª ed., Paris, 1984.

que, prácticamente —en el recurso por exceso de poder— ha absorbido a la nulidad relativa [49], a diferencia del derecho argentino, en el que esta categoría se mantiene no obstante seguir, en este punto, muy de cerca la tipología de los vicios desarrollados por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

La situación resulta diferente en España [50] donde el derecho positivo acuñó la figura de la nulidad de pleno derecho, que parece responder a un criterio basado en la apariencia manifiesta y grosera del vicio antes que en la gravedad vinculada con el orden público, lo cual podría ser una consecuencia de la filiación romanista de esta categoría de invalidez. Pero esta interpretación no es la que han efectuado la doctrina ni la jurisprudencia españolas, que han vinculado la nulidad de pleno derecho con la transgresión del orden público [51], tal como aconteció en el derecho venezolano que, en este punto, ha seguido la orientación de la ley española de procedimientos administrativos, con el agregado de algunas prescripciones verdaderamente originales [52].

Lo que ocurre, maguer la interpretación forzada, aunque justa, que ha hecho la doctrina española, es que el sistema, como está estructurado revela grandes contradicciones. Con nulidades tasadas que hay que interpretar que no lo son, con vicios de orden público encuadrados en la categoría de menor gravedad (como la desviación de poder [53], que se considera un vicio de nulidad relativa) y con defectos de incompetencia manifiesta en razón del territorio y de la materia, que la doctrina interpreta que no se refiere al carácter ostensible, notorio o patente sino a su gravedad, es realmente notable que el desarrollo doctrinario y jurisprudencial haya superado las deficiencias

49 CHAPUS, R., *Droit du Contentieux Administratif*, 3ª ed., pág. 647 y sigs., Paris, 1991; la regla general, en el recurso por exceso de poder es la nulidad con efecto retroactivo, aunque hay unas pocas excepciones para supuestos especiales (v.gr. funcionarios de facto) que confirman dicha regla (*op. cit.*, págs. 667-674).

50 Orientación que se mantiene en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992 (art. 62); véase: GONZÁLEZ PÉREZ, J. - GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, pág. 1111 y sigs., Madrid, 1997.

51 FERNÁNDEZ, T. R., *La doctrina de los vicios de orden público*, pág. 101 y sigs., Madrid, 1970; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La Nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos*, pág. 223 y sigs., Madrid, 1972.

52 Véase: BREWER CARÍAS, A. R., *Principios del Procedimiento Administrativo*, págs. 109-110, Civitas, Madrid, 1990.

53 Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 606, 6ª ed., Madrid, 1993.

que entrañaba la formulación de la nulidad de pleno derecho inclinándose por una construcción más próxima a la nulidad absoluta del derecho francés.

A la vista de ese cuadro y de otras objeciones que no son menores [54] un sector de la doctrina española ha formulado serias objeciones al sistema de bipartición de la invalidez proponiendo, lisa y llanamente [55], su eliminación del mundo jurídico [56] mientras que parece resurgir, en el seno del derecho comunitario europeo un antiguo mito jurídico, que propugna acudir a la teoría del acto inexistente en reemplazo de la nulidad de pleno derecho [57], la que sólo podría llegar a tener algún sentido (nosotros seguimos creyendo que ninguno) en el Derecho Administrativo francés, donde en los hechos rige, prácticamente, una sola categoría de invalidez, con efectos siempre retroactivos, a diferencia del sistema que prescribe el Código Civil.

La inexistencia aparece como un verdadero mito del derecho en la medida en que constituye una creación artificiosa e imaginaria que no sólo carece de sustento en la realidad sino que la contradice [58]. Y, precisamente, para acercarla a la realidad (aunque en sus orígenes fue un auténtico mito) esta concepción ha tratado de injertarse en la teoría de la invalidez, habiéndose procurado aproximarla o identificarla, según las diferentes doctrinas, a la nulidad absoluta. Lo cierto es que se trata de una categoría de escasa precisión y difíciles contornos, que viene a complicar el sistema de las nulidades, especialmente en cuanto no acierta en explicar la razón por la que la inexistencia produce efectos similares a los actos existentes, viciados de nulidad absoluta, que precisan ser eliminados del mundo jurídico por contradecir el orden público. En definitiva, el riesgo que se corre, como aconteció en el campo del Derecho Privado, es el acotamiento o reducción del campo de la nulidad para dar paso a una nueva categoría sin utilidad jurídica alguna.

Últimamente, en la incipiente jurisprudencia comunitaria sobre esta cuestión, se ha procurado asimilar la inexistencia a la nuli-

54 Se han ocupado de ellas: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, T. R., *op. cit.*, t. II, pág. 606 y sigs.

55 BELADIEZ ROJO, M., "La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación", en RAP, nro. 33, pág. 155 y sigs., Madrid, 1994.

56 Eliminación que parece compartir Nieto aun cuando también podría suponerse más inclinado a sustituir la nulidad por la inexistencia (*op. cit.*, págs. 12-16).

57 Véase: NIETO, A. en el Prólogo a la obra de BELADIEZ, sobre la *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*, págs. 14-16, Madrid, 1994.

58 Sobre la mitología jurídica: ROMANO, S., *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, trad. del italiano, pág. 225 y sigs., Buenos Aires, 1964.

dad de pleno derecho del sistema español y hasta se pretende que existe una cierta unidad entre los regímenes jurídicos de los países comunitarios. Sin embargo, no se puede ir contra una realidad jurídica que indica que la nulidad de pleno derecho del sistema español resulta más limitada y estrecha que la nulidad absoluta del derecho francés y de otros sistemas comparados, en los que constituye el principio o la regla general en la materia.

De otra parte, la crítica orientada a postular la eliminación de la categoría bipartita se funda, principalmente, en que la única diferencia que hoy día subsiste entre la nulidad y anulabilidad estriba en el carácter imprescriptible que se reconoce a la acción para demandar la nulidad [59].

De ese modo, se borra una de las diferencias específicas más trascendentes del sistema bipartito, cuya distinción hace al carácter indisponible [60] que caracteriza a la nulidad (nulidad absoluta), en virtud de hallarse afectado el orden público. Incluso, se ha llegado a sostener que cuando el art. 67 de la ley española prescribe la convalidación de los actos anulables, ello no impide la convalidación de los actos nulos [61]. No sólo en Francia, sino en la Argentina y otros países hispano-americanos, esta interpretación sería inadmisible, al igual de lo que, a nuestro juicio, acontece en el derecho español [62].

Una tendencia distinta exhiben los sistemas hispano-americanos, en los cuales, la distinción entre nulidad absoluta y relativa —equivalente de nulidad y anulabilidad— surge bastante nítida y se ha considerado esencial [63], siendo sus principales consecuencias:

(a) la nulidad absoluta no puede confirmarse, convalidarse ni subsanarse, a diferencia de la nulidad relativa o anulabilidad [64] salvo la posibilidad de saneamiento que ofrece la figura de la conversión [65];

59 BELADIEZ ROJO, M., *op. cit.*, RAP, nro. 133, pág. 183.

60 FERNÁNDEZ, T. R., *op. cit.*, pág. 280.

61 BELADIEZ ROJO, M., *op. cit.*, RAP, nro. 133, págs. 167-169.

62 Se ha dado como ejemplo (BELADIEZ ROJO, *op. cit.*, pág. 168) el caso de un acto administrativo por el que un Alcalde (sin competencia material) autoriza la construcción asumiendo las competencias del Pleno, que podría ser ratificado por éste sin resentirse el orden público administrativo. Sin embargo, en el sistema de la ley española y salvo el supuesto de incompetencia jerárquica o de grado, ello no parece posible. Esta situación podría solucionarse con el dictado de un nuevo acto por el Pleno, con efectos retroactivos, sin necesidad de invalidar el acto del Alcalde que, simplemente, no produciría efectos.

63 BREWER CARÍAS, A. R., *op. cit.*, págs. 111-112.

64 Art. 19, LNPA argentina.

65 Sobre la conversión: MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 4ª ed., pág. 658 y sigs., Buenos Aires, 1993.

(b) el acto administrativo afectado de nulidad absoluta y manifiesta carece de presunción de legitimidad sin que pueda promoverse su ejecución ni su ejecutoriedad [66]. La presunción de legitimidad rige, fundamentalmente, para los actos de nulidad relativa y en los casos de nulidades absolutas no manifiestas;

(c) la revocación de los actos de nulidad absoluta se considera procedente [67], admitiéndose la configuración de un régimen especial para esta especie de invalidez en aquellos supuestos en que el acto administrativo no hubiera generado derechos subjetivos que estuvieran en la etapa de cumplimiento, en cuyo caso la Administración precisa acudir a la vía judicial [68], promoviendo la acción de lesividad;

(d) se suma a estas consecuencias, el carácter imprescriptible de la acción de nulidad absoluta [69].

7. ¿UNA NUEVA CATEGORÍA? LA ILEGALIDAD O ARBITRARIEDAD MANIFIESTAS COMO VICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En nuestro derecho, se ha debatido acerca de la configuración de una categoría de invalidez [70], que viene a complementar la clasificación tradicional y cuya función es eminentemente procesal al desencadenarse medios específicos y sumarísimos de protección jurisdiccional, como es el proceso de amparo y aun de tutela en sede administrativa, a través de la técnica de suspensión del acto administrativo antes referida.

66 Aunque sin exigir el carácter manifiesto de la nulidad absoluta: BREWER CARÍAS, A. R., *op. cit.*, pág. 112; ver también: arts. 169, 170 y 176 de la LGAP de Costa Rica.

67 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 611 y sigs. y BREWER CARÍAS, A. R., *op. cit.*, pág. 112.

68 Art. 17, LNPA argentina.

69 La imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta es una de las características que reúne mayor acuerdo doctrinario. En la Argentina, esa calidad que posee la acción para demandar la nulidad desaparece, prácticamente, por la interpretación que ha hecho la jurisprudencia sobre los plazos de caducidad para promover la acción judicial de nulidad (art. 25, LNPA). La situación es diferente en otros países, como España, donde la nulidad puede plantearse dentro del procedimiento de revisión de oficio en el que la acción de nulidad no está sujeta a plazo y los actos anulables declarativos de derechos pueden invalidarse si se requiere su invalidez dentro de los cuatro (4) años de su emisión (arts. 102 y 103, LRJPA de España). Véase: GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La revisión de los actos administrativos" en el libro *Procedimiento Administrativo* que contiene las Ponencias del IV Encuentro Hispano-Argentino sobre Derecho Administrativo llevado a cabo en Santiago de Compostela en el año 1994, pág. 151 y sigs.

70 MARIENHOFF, M. S., *op. cit.*, t. II, pág. 481 y sigs., y nuestro *Derecho Administrativo*, 5ª ed., t. II, pág. 174 y sigs. En algún caso la Corte Suprema consideró que una nulidad era manifiesta porque surgía de la lectura del propio contrato y su confrontación con los antecedentes de la licitación que le sirvió de base (*Fallos*, 179:276 y 277).

Se trata de una nueva causal de invalidez que pone el acento no ya en la gravedad del vicio (como la nulidad absoluta) sino en la visibilidad externa del defecto que debe surgir de modo patente y notorio, sin necesidad de realizar una investigación de hecho que determine su presencia en el acto administrativo.

Así, ante la lesión que sufre un particular por la violación de sus derechos y garantías constitucionales —con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas— procede la acción de amparo tendiente a restablecer, lo más rápidamente posible y de un modo efectivo, los derechos y garantías vulnerados por el obrar de la Administración.

A nuestro juicio, se trata de una nueva categoría de invalidez que juega, por una parte, en un plano mucho más amplio que la nulidad absoluta pero, al propio tiempo, también más acotado, al limitarse a los actos que sean lesivos de los derechos y garantías constitucionales, siempre que dicha lesión se lleve a cabo con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas, lo que, además, despoja al acto administrativo de la presunción de legitimidad [71].

La nulidad manifiesta se configura cuando el vicio que porta el acto administrativo, surge en forma patente y notoria del mismo, sin necesidad de que deba realizarse una investigación de hecho para comprobar su existencia. Por el contrario, si para arribar a tal resultado, fuere preciso efectuar una indagación de hecho en razón de que el vicio no surge palmariamente del propio acto, la nulidad es "no manifiesta" [72].

Esta clasificación, que funciona en forma paralela a la que se funda en la mayor o menor gravedad del vicio, tiene una mayor trascendencia en el Derecho Administrativo, que en el Derecho Civil.

En efecto, en el Derecho Civil, sirve para determinar cuándo un acto que adolece de nulidad absoluta puede ser extinguido de oficio por los jueces (art. 1047, Cód. Civ.) [73].

71 La pérdida, en tales casos, de la presunción de legitimidad hace caer también el deber del particular de cumplir el acto administrativo, es decir, que opera sobre su ejecutoriedad; véase: BORIO, F. R., "El principio de ejecutoriedad del acto administrativo y sus fundamentos", ED, t. 86, pág. 750 y sigs., y nuestro *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 175.

72 Cfr. BORIO, Fernando R., "El principio de ejecutoriedad del acto administrativo y sus fundamentos", ED, t. 88, págs. 750-753.

73 En el derecho civil argentino, la configuración de la nulidad manifiesta como categoría autónoma de invalidez se encuentra controvertida; véase el excelente estudio hecho por SILVA TAMAYO, Gustavo, "Nulidad manifiesta y vicio no ostensible", ED, t. 138, pág. 981, diario del 31-VII-1990, en el que arriba a conclusiones distintas a las que exponemos. En línea con nuestra opinión, se encuentra Belluscio (ED, *op. cit.*, pág. 785) pues sostiene que el art. 1047 del Cód. Civ., que tienen como fuente al art. 1683 del Código chileno, nada

En el Derecho Administrativo argentino, la categoría de las nulidades manifiestas cumple una función básica en orden al mantenimiento del principio de legalidad, y del interés público, representando una eficaz protección contra la ejecución de actos administrativos portadores de vicios notorios, habida cuenta de la existencia de la regla de la ejecutoriedad.

Cabe señalar, sin embargo, que algunos tratadistas, partidarios de un esquema monista que simplifica el sistema de la invalidez administrativa [74] no admiten la existencia de nulidades manifiestas, fundados en la jurisprudencia que la Corte sentó en el caso "Los Lagos", particularmente en la afirmación allí expuesta en el sentido de que la presunción de validez que tiene el acto administrativo obliga a realizar siempre una investigación de hecho para determinar su nulidad [75].

Pero aparte de que se ha juzgado que "con estas palabras la Corte ha incurrido en una excesiva generalización" [76], lo cierto es que la cuestión de las nulidades manifiestas en el Derecho Administrativo —que aparece reconocida en la jurisprudencia anterior al caso "Los Lagos" [77]— hay que analizarla con relación a la legislación y jurisprudencia posteriores.

Puede advertirse, en efecto, que aun antes del dictado de la ley de amparo 16.986, ya la Corte había reconocido en muchos casos la categoría de las nulidades o ilegalidades manifiestas [78].

El dictado de la legislación sobre amparo en el orden nacional [79] proporcionó un terminante fundamento normativo a la tesis

---

tiene que ver con el art. 1038 del Cód. Civ. (el que se inspira en el Esboço de Freitas) concluyendo que la norma (art. 1047) funciona sólo cuando el vicio fuera advertible a simple vista u ostensible, es decir, que no se requiere la producción de prueba extrínseca para verificar la existencia del vicio. De todas maneras, la nulidad manifiesta cumple, en el derecho administrativo, una función garantística de la legalidad y del interés público, que justifica la configuración autónoma de la categoría.

74 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 382; GORDILLO, Agustín A., *El Acto Administrativo*, 1ª ed., págs. 90-91.

75 *Fallos*, 190:155.

76 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 477.

77 *Fallos*, 179:276.

78 *Fallos*, 248:437; 249:26; 250:682 y 772; 253:18. Por su parte, la SCBA ha aceptado para el derecho administrativo, la clasificación entre nulidad absoluta y relativa como categorías diferentes a la de nulidad manifiesta o no manifiesta (cfr. caso "Litardo, Miguel A. c/ Provincia de Buenos Aires", LL, Repertorio 30 [año 1970], A-I, pág. 56; *Diario de Jurisprudencia - Boletín Judicial de la Provincia de Buenos Aires*, 89-5).

79 Ley 16.986, art. 1°, que admite la acción de amparo contra todo acto "que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o *ilegalidad manifiesta*, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional". Idéntico criterio ha seguido el art. 43 de la Const. Nac. reformada.

que postula la existencia de las nulidades manifiestas en el Derecho Administrativo.

La principal consecuencia que se desprende de la jurisprudencia de la Corte elaborada en torno a la acción de amparo [80] es el abandono del criterio sentado en el caso "Los Lagos" al restringir los alcances de la presunción de legitimidad del acto administrativo, ya que la exigencia de que siempre será necesario efectuar una investigación de hecho para que el órgano Judicial pueda disponer la extinción de un acto administrativo, resulta ahora inaplicable en virtud precisamente de que uno de los requisitos que condicionan la procedencia del amparo es la ilegalidad manifiesta, "cuya declaración excluye la posibilidad de realizar una investigación de hecho, bastando la mera comprobación de que la nulidad surge del acto mismo" [81].

En conclusión, los actos administrativos que adolecen de vicios manifiestos carecen de presunción de legitimidad, circunstancia que, como más adelante se verá, incide de un modo determinante tanto en la suspensión de la ejecución y efectos del acto en sede administrativa o judicial como respecto a la posibilidad de que la Administración disponga la extinción de un acto que adolece de nulidad absoluta [82].

8. LA CATEGORÍA DEL SISTEMA DE LAS NULIDADES FUNDADA EN EL CARÁCTER RÍGIDO O FLEXIBLE DE LA CAUSAL DE INVALIDEZ

Aunque este tipo de invalidez, que en el Derecho Civil argentino se ha relacionado con la clasificación entre actos nulos y anulables [83], no tiene en el Derecho Administrativo las mismas consecuencias en punto al régimen jurídico del acto [84], no por ello deja naturalmente de existir, si bien los alcances de la clasificación quedan reducidos a determinar si la Administración Pública o el órgano Judicial, dispo-

80 *Fallos*, 253:18, 269:267, y ED, t. 18, pág. 407; t. 20, pág. 393.

81 CASSAGNE, Juan C., *op. cit.*, págs. 87-88.

82 Por la aplicación de lo dispuesto en el art. 17 de la LNPA (modificada por la ley 21.686), que prescribe la obligación de la Administración de revocar el acto afectado de nulidad absoluta. Si el vicio es manifiesto, la administración está obligada a revocar el acto inmediatamente de advertido el vicio o de alegado por el particular, salvo que como expresa la mencionada norma "el acto estuviera firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo" en cuyo caso debe acudirse a la vía judicial.

83 LLAMBÍAS, Jorge J., *op. cit.*, t. II, pág. 558.

84 Lo contrario acontece en el derecho civil, donde según un sector de la doctrina, esta categoría de invalidez tiene repercusión en lo atinente a los efectos de la declaración de nulidad para consolidar los derechos de los terceros adquirentes de buena fe (LLAMBÍAS, Jorge J., *Estudio de la Reforma del Código Civil*, págs. 72-73, Buenos Aires, 1969).

nen de un amplio o reducido margen de apreciación con respecto a la causal de invalidez.

En efecto, también existen en el Derecho Administrativo casos en que el tipo de sanción se presenta con carácter rígido, tal como acontece con el vicio relacionado con la forma taxativamente requerida por la ley (v.gr., falta de licitación pública) y otros, en que la sanción aparece valorada en atención a las circunstancias del caso, variable en los actos de un mismo grupo y susceptible de una apreciación cuantitativa (v.gr., vicios de error, dolo y violencia).

No obstante las consideraciones apuntadas lo cierto es que en el estado actual del Derecho Administrativo argentino, esta categoría no ha sido recepcionada por el ordenamiento y sus consecuencias prácticas se circunscriben a las facultades de los órganos que decretan la extinción del acto, y en su caso, a la impugnación que se realice respecto del acto que traduzca una valoración defectuosa generadora de la causal de invalidez.

9. LA APLICACIÓN DE LAS CLASIFICACIONES PRECEDENTES EN EL SISTEMA DE LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

No obstante que la LNPA ha regulado en forma expresa sólo la principal categoría de invalidez (absoluta y relativa) nada obsta a la aplicación, en un plano interdependiente, de las restantes categorías, en especial, la que tiene en cuenta el carácter manifiesto o no del vicio o defecto.

La ley citada, en su art. 14, consagra expresamente un tipo de invalidez que tiene en cuenta la mayor gravedad del vicio, en virtud de que al afectarse gravemente el principio de legalidad que rige la actividad administrativa, se considera violado el orden público [85].

A tal especie de invalidez corresponde denominarla pura y simplemente *nulidad absoluta* [86], dado el fundamento sobre el que reposa la clasificación y a fin de no provocar incorrectas aplicaciones de

85 Respecto de la nulidad absoluta, en el derecho español, se ha dicho que ella "no sana, ni se convalida por el transcurso del tiempo y no es susceptible de consentimiento, porque, por su naturaleza y gravedad, está fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, es indisponible para las partes a quienes afecta, en cuanto que rebasa la esfera de su propio interés y afecta al interés general, al orden público" (cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás R., *op. cit.*, pág. 209).

86 LNPA, en el art. 14, designa indistintamente las expresiones, acto nulo o de nulidad absoluta.

las normas que, en el Código Civil, se refieren a los actos nulos o anulables [87].

Las características que tipifican el régimen jurídico de la nulidad absoluta en el ordenamiento positivo nacional son las siguientes:

a) el acto no es susceptible de saneamiento [88];

b) la acción para demandar la nulidad absoluta es imprescriptible;

c) el acto afectado de nulidad absoluta debe ser revocado en sede administrativa, excepto si el mismo estuviera firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo [89].

La nulidad relativa, en cambio, es susceptible de saneamiento, es prescriptible y tiene un peculiar régimen de estabilidad [90].

10. EL CONTROL *EX OFICIO* DE LA INVALIDEZ

En los sistemas judicialistas y más aun en los que existe un sistema de control difuso de inconstitucionalidad sobre los actos administrativos a cargo de los jueces —como es nuestro caso— carece de todo sentido limitar las potestades del poder judicial para poder declarar *ex oficio*, por aplicación del principio *iura novit curia*, la inconstitucionalidad o simplemente la invalidez de un acto o contrato emanado de la Administración, ya sea del Poder Ejecutivo, órganos jerárquicamente dependientes o entidades descentralizadas.

Sin embargo, no ha sido ésa la interpretación que sostuvo la doctrina [91] ni por la tradicional jurisprudencia de la Corte [92] contraria a la admisión del control *ex oficio* de inconstitucionalidad o meramente de ilegalidad. La razón que se argumentaba para ello consistía en que, de admitirse ese tipo de control, se estaría vulnerando el princi-

87 Un ejemplo de lo cual lo encontramos en aquellos autores que han seguido afirmando (después de la reforma del Cód. Civ. por las leyes 17.711 y 17.940) que la acción para demandar una nulidad absoluta prescribe a los diez años por aplicación del art. 4030 del Cód. Civ., cuando la última reforma del artículo mencionado realizada por la ley 17.940 ha prescripto en forma expresa que dicha prescripción se refiere a los actos nulos o anulables (véase LLAMBÍAS Jorge J., *Apéndice al Tratado de Derecho Civil, Parte General*, pág. 92, Buenos Aires, Perrot, 1969). En consecuencia, en el derecho administrativo, la acción para demandar la nulidad absoluta es también imprescriptible.

88 Art. 14, 1ª parte, LNPA.

89 Art. 17, LNPA, modificada por la ley 21.686.

90 Arts. 18 y 19, LNPA.

91 MARIENHOFF, M. S., *op. cit.*, t. II, pág. 484; GORDILLO, A. A., *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, 1963, pág. 90; doctrina a la que, en su momento, también adherimos (*op. cit*, t. I, pág. 173).

92 *Fallos*, 190:155 y 156 en el conocido caso "Los Lagos".

pio de separación de los poderes, que se halla en la base de nuestro sistema constitucional y de otros sistemas comparados.

En realidad, el control *ex oficio* implica, precisamente, darle una herramienta a los jueces para que éstos puedan ejercer con plenitud —supliendo incluso el derecho alegado por las partes— la función de control y revisión de los actos administrativos que la Constitución les discierne lo que, lejos de alterar el principio divisorio y la independencia del poder judicial, viene a reafirmarlo [93].

Un segundo argumento, que también se sostuvo, se apoyó en la presunción de legitimidad de los actos administrativos [94], la que nada tiene que ver con el control *ex oficio*, habida cuenta de que sólo puede ser invocada por la Administración hasta tanto sea declarada la invalidez, no importando si esta declaración se opera en base a la alegación de alguna de las partes o que lo resuelva el juez de oficio.

De otra parte, si la presunción de legitimidad es *iuris tantum* esta circunstancia no exime a la norma o al acto del control judicial que, en un Estado de Derecho, siempre debe ser pleno [95].

Lo que sí tiene que haber es un conflicto o una causa promovida por la Administración o por un particular para que los jueces estén habilitados para conocer en controversia y ejercer allí el control *ex oficio* [96].

El tercer argumento que se opone al control judicial *ex oficio* se basa en que esta forma de control implicaría la afectación del derecho de defensa ya que las partes carecerían de la posibilidad de exponer sus razones antes de la declaración de inconstitucionalidad o invalidez de un acto administrativo. Como afirma Bianchi [97] éste es, sin duda, el escollo argumental de mayor entidad que se ha esgrimido en contra de la admisión del control *ex oficio*.

Sin embargo, aparte de que sería posible suplirlo en el proceso planteando la cuestión y concediendo el juez un nuevo traslado antes de la sentencia [98] nada impide que las partes defiendan o ataquen la

93 BIANCHI, A. B., *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, 1992, pág. 224; anota que lo que le está vedado hacer al juez es suplir al legislador y que el control de constitucionalidad no puede estar a cargo del órgano controlado.

94 *Fallos*, 190:160.

95 Cfr. BIANCHI, A. B., *op. cit.*, pág. 225.

96 La interpretación contraria se basó en la opinión de Cooley y es la que prevalece en la jurisprudencia de la Corte, ver: BIANCHI, Alberto B., *op. cit.*, pág. 210.

97 BIANCHI, Alberto B., *op. cit.*, págs. 225-226.

98 Como lo sostiene VANOSSI, Jorge R., *Recurso Extraordinario Federal. Control de Constitucionalidad*, págs. 226 y sigs., Buenos Aires, 1984.

constitucionalidad y la invalidez de un acto administrativo [99] en un proceso en el que el derecho de defensa hubiera tenido la posibilidad y oportunidad procesal de ser ejercido sin cortapisas.

11. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ

Como lo postula un sector de la doctrina española [100], no corresponde vincular la cuestión de los efectos que produce la declaración de invalidez (*ex tunc* o *ex nunc*) con la nulidad y la anulabilidad, en su caso. Este punto de vista, que venimos sosteniendo desde tiempo atrás [101], se basa en que resulta contradictorio, al menos en nuestro derecho, acudir a una técnica proveniente del Derecho Civil francés, máxime cuando no existe norma legal expresa que regule la cuestión.

Por esa causa —aunque no sea una opinión pacífica en la Argentina [102]— consideramos que la declaración de invalidez de un acto o contrato administrativo tiene, en principio, efectos retroactivos, generando los derechos consiguientes para la parte perjudicada por los efectos que el acto produjo hasta ese momento (v.gr. restituciones patrimoniales).

Pero esa retroactividad no puede afectar a los terceros de buena fe que adquirieron derechos respecto del acto declarado inválido *a posteriori*, para lo cual resulta esencial determinar si el acto adolece de una nulidad absoluta y manifiesta ya que, en tales casos, quedaría excluida la buena fe del tercero [103].

99 En el mismo sentido: BIANCHI, Alberto B., *op. cit.*, pág. 225.

100 BELADIEZ ROJO, M., *op. cit.*, RAP, nro. 33, pág. 161.

101 Criterio que ha sido compartido últimamente por COMADIRA, J. R.; véase: "El sistema de nulidades del acto administrativo" en el libro *Procedimiento Administrativo*, cit. pág. 106; MAIRAL, H. A. parece inclinarse por esa interpretación con fundamento en lo prescripto en el art. 1050 del Cód. Civ. y también la jurisprudencia de los tribunales federales que cita (*Control judicial de la Administración Pública*, t. II, págs. 904-905, Buenos Aires, 1984).

102 MARIENHOFF, M. S., *op. cit.*, 4ª ed., t. II, pág. 490; GORDILLO, A. A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, págs. XI-6 y XI-18, Buenos Aires, 1979; esta doctrina postula que sólo la declaración de invalidez de un acto nulo o de nulidad absoluta produce efectos retroactivos (*ex tunc*).

103 En las diferentes ediciones de nuestro *Derecho Administrativo* hemos sostenido que la regla de la retroactividad de los efectos de la declaración de invalidez se aplicaba a las dos especies de invalidez admitiendo dos excepciones: a) si el particular hubiera ejecutado el acto sin conocer la existencia del acto, y b) el vicio o defecto no le fuera imputable, total o parcialmente, a quien se perjudica con la invalidez. Creemos que, en dichas excepciones, encuentra ubicación la situación de los terceros de buena fe, sea el acto de nulidad absoluta o relativa. El carácter manifiesto de la invalidez constituye un obstáculo, al igual que en el Código Civil, para que se configure la buena fe del tercero.

Con todo, no se puede negar que existe una tendencia, que hunde sus raíces en el derecho norteamericano (donde se aplica en forma casuista), proclive a morigerar o suprimir los alcances retroactivos de la declaración de invalidez [104], la que en el derecho comunitario europeo encuentra fundamento en el principio de seguridad jurídica [105].

En el Derecho Administrativo existe un conjunto de circunstancias que reclaman una solución autónoma, diferente que en el Derecho Privado, para el problema de los efectos de la declaración de invalidez. Ellas son la facultad que tiene la Administración para crear unilateralmente vínculos obligatorios, la presunción de que siempre actúa de buena fe y el interés público que persigue.

Dichas razones tornan inaplicable, a nuestro juicio, la temática civilista de los efectos de la declaración de invalidez y nos lleva a sostener la tesis de que en el Derecho Administrativo todo tipo de nulidad (sea absoluta o relativa) opera, en principio, una vez declarada, efectos retroactivos, es decir, *ex tunc*, tanto con relación a los destinatarios originarios del acto como respecto a las transmisiones sucesivas, y ya sea si la estructura del acto resulta unilateral o bilateral en su formación [106].

Tal es el principio. Sin embargo, excepcionalmente la invalidez carecerá de efectos retroactivos en los siguientes supuestos:

a) cuando el administrado o la Administración Pública hubieren ejecutado el acto sin conocer la existencia del vicio;

104 Uno de los fallos más comentados refleja dicha tendencia: "Linkletter v. Walker" (381 US 618) del año 1965, en el que se declaró que como "la Constitución ni prohíbe ni exige el efecto retroactivo"; los efectos de una sentencia anterior que declaró inconstitucional las pruebas sobre las que se basó el tribunal para condenar al recurrente, operan para el futuro, careciendo de efectos retroactivos. La Suprema Corte norteamericana valoró, en ese fallo, los efectos contraproducentes que ocasionaría la retroactividad, pues la justicia tendría que revisar todos los procesos en que se utilizaron las pruebas que fueron declaradas inconstitucionales, mediante una ponderación de los intereses en juego; véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales", en REDA, nro. 61, pág. 6; a su vez, uno de los pocos precedentes de la Corte Suprema norteamericana donde se realizó una distinción entre los efectos de la invalidez del acto nulo *(void)* y del acto anulable *(voidable)* fue en el caso "Atlantic Coast Line Railroad Co. v. Florida" (295 US 301), del año 1935, citado por MAIRAL, H. en *op. cit.*, t. II, pág. 860, nota 62.

105 Sentencia "Defrenne" del año 1976, citada por BELADIEZ ROJO, M., en *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*, cit., pág. 351, nota 28.

106 Sobre la unilateralidad o bilateralidad en la formación del acto administrativo, véase MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 229 y sigs.

b) el vicio o defecto no le fuera imputable total o parcialmente a quien se perjudica con la nulidad.

Por otra parte, la Administración puede renunciar —por razones de orden o interés público— a la aplicación retroactiva de la invalidez ya que no existe norma o principio que se oponga a dicha posibilidad.

12. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL SISTEMA ADMINISTRATIVISTA DE LAS NULIDADES Y SUS DIFERENCIAS CON EL RÉGIMEN QUE ESTATUYE EL CÓDIGO CIVIL

En síntesis, el sistema de la invalidez en el Derecho Administrativo presenta las siguientes características generales: a) En primer lugar, como categoría principal, el sistema reposa en la clasificación entre nulidades absolutas y relativas, la cual tiene su fundamento en la mayor o menor gravedad del vicio o defecto del acto administrativo y genera consecuencias diversas en punto a la subsistencia del acto. Tal como se ha visto, los actos que adolecen de nulidad absoluta no son susceptibles de saneamiento y la acción para demandar la invalidez es imprescriptible, a diferencia de lo que acontece respecto de los actos afectados de nulidad relativa. b) En segundo término, existen también en el Derecho Administrativo los tipos denominados nulidad manifiesta y no manifiesta, de acuerdo a la visibilidad del vicio o defecto, cuya trascendencia es mayor en nuestra disciplina que en el Derecho Civil, puesto que se vincula con la presunción de legitimidad del acto, su suspensión y la extinción del mismo en sede administrativa, cuando la nulidad es manifiesta y, además, absoluta.

En efecto, el acto que adolece de nulidad manifiesta carece de presunción de legitimidad, torna procedente la suspensión del mismo en sede administrativa y judicial, en el caso de que la nulidad sea absoluta genera el deber de la Administración Pública de revocar el acto de inmediato [107], salvo que el acto estuviera firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, en cuyo caso debe acudirse a sede judicial para lograr la anulación del respectivo acto (art. 17, LNPA, modif. por la ley 21.686). c) Por último, existen causales de invalidez que se presentan en el Derecho Administrativo con un carácter rígido o taxativo, y otras, que otorgan un

[107] En este sentido, ver dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación del 15-V-1985 (expte. nro. 13.195/83) publicado en *Régimen de la Administración Pública*, nro. 94, pág. 75 y sigs., esp. pág. 79.

considerable margen de valoración para apreciar tanto el grado como la existencia del vicio o defecto.

Dada la diferente fundamentación en que se apoyan las clasificaciones expuestas precedentemente cabe advertir, aunque parezca obvio, que ellas no se superponen ni son correlativas pues juegan en planos distintos, siendo posible entonces —por ejemplo— que un acto adolezca de nulidad absoluta, que ella aparezca manifiesta, y que la causal de invalidez sea rígida o taxativa (v.gr., falta de licitación pública en aquellos casos en que es requerida por la norma).

Esa interferencia recíproca que caracteriza al sistema de la invalidez permite, desde el punto de vista normativo y de la realidad, su aplicación armónica en resguardo de la legalidad, a lo cual se añade la circunstancia de que, en punto a su valorización, representa una justa solución que consagra adecuadas garantías para los administrados y el interés público dentro del sistema de equilibrio que debe reinar entre los derechos individuales y las prerrogativas de la Administración Pública.

En cuanto a las diferencias generales que existen entre el sistema del Derecho Administrativo y el que preceptúa el Código Civil en materia de nulidades, pueden señalarse principalmente las siguientes:

1) La regla del Derecho Civil por cuyo mérito no se concebía una nulidad sin texto expreso no rige en el Derecho Administrativo, donde se admite la existencia de nulidades implícitas o virtuales [108].

2) La Administración Pública, a contrario de lo que sucede en el Derecho Privado, puede demandar la nulidad de sus propios actos cuando verifique la presencia de vicios o defectos, pues no se le aplica a ella la interdicción de alegar su propia torpeza para peticionar la extinción del acto [109].

3) Si bien en el Derecho Administrativo existe, aunque signada con características propias, la clasificación entre nulidades manifiestas y no manifiestas, el principio de la separación de los poderes torna inaplicable la norma del Código Civil que faculta a los jueces para declarar la invalidez de oficio cuando ésta es absoluta y, además, manifiesta [110].

108 BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. II, págs. 144-145; DIEZ, Manuel María, *El Acto Administrativo*, pág. 424; GORDILLO, Agustín A., *El Acto Administrativo*, pág. 359, 2ª ed., regla que la doctrina civilista actual ha abandonado en muchos casos.

109 FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 360-361.

110 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 478 y sigs.

4) En atención a la finalidad pública que orienta la actividad administrativa y la presunción de que no actúa en perjuicio de terceros, la declaración de nulidad de un acto administrativo tiene efectos retroactivos, no rigiendo en principio las distinciones que en tal sentido formula el Código Civil (efectos *ex tunc* o *ex nunc*) con relación a los terceros adquirentes de buena fe (art. 1051, Cód. Civ.).

13. CRÍTICA DE LA TEORÍA DEL ACTO INEXISTENTE COMO CATEGORÍA DE INVALIDEZ. LAS DENOMINADAS VÍAS DE HECHO

Otro de los temas que exhibe divergencias entre los autores nacionales y extranjeros es el relativo a la aplicación de la teoría de la inexistencia y su proyección sobre el sistema de invalidez del acto administrativo. Tanto en nuestro país como en la doctrina comparada [111], un sector postula la tesis del acto inexistente como una especie particular de invalidez, pretendiendo transplantar al Derecho Administrativo una típica construcción del Derecho Privado francés.

Pero ocurre que, dentro del proceso histórico de adaptación constante de concepciones civilistas al campo administrativo, quienes sostuvieron en su oportunidad la teoría de la inexistencia lo hicieron sobre la base de las ideas que entonces dominaban al Derecho Privado.

El Derecho Administrativo contemporáneo no puede ignorar la evolución operada en el propio ámbito donde nació la teoría de la inexistencia, sin correr el riesgo de quedar a la zaga de la disciplina civilista y de la realidad jurídica. No se puede desconocer por lo tanto, que en el propio país donde nació la teoría del acto inexistente, ésta ha sufrido considerables embates doctrinarios que han provocado su pérdida de vigencia, o al menos, una suerte de apartamiento del campo de las nulidades, donde se había alojado primitivamente.

El origen de la teoría de la inexistencia —por demás conocido— obedeció a la circunstancia de tener que solucionar algunos supuestos que se presentaban en relación a determinados matrimonios que no podían ser invalidados en virtud de que la ley no sancionaba su nulidad ni tampoco era posible que fueran objeto de convalidación, por cuanto la propia naturaleza lo impedía (v.gr., matrimonio entre

111 DIEZ, Manuel María, *El acto administrativo*, pág. 390 y sigs.; GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 2ª ed., pág. 361 y sigs.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 505; VITTA, Cino: *Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 451 y sigs., Torino, 1955; LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, págs. 225-227; RIVERO, Jean; *op. cit.*, págs. 96-97.

personas de igual sexo). Al ser lanzada la idea de que tales actos no precisaban ser anulados en mérito a su "inexistencia", no se imaginó, que la misma, con el correr del tiempo, iba también a ser extendida a otros actos jurídicos (ej.: contrato celebrado por un insano). Como consecuencia de tal evolución, la inexistencia (como categoría de invalidez del acto) creció en forma tan desmesurada, que prácticamente vino a dejar sin campo de aplicación a la nulidad absoluta, a tal punto, que algunos autores llegaron a sostener incluso una clasificación bipartita (inexistencia y nulidad relativa). Dicho planteo se apartó así de la formulación inicial de la teoría cuya base esencial concebía a la figura de la inexistencia como una noción autónoma distinta de la nulidad, pero nunca como una categoría especial de invalidez, lo cual, en el fondo, no era más que un mero cambio de denominación para un tipo de nulidad [112].

Por todo ello, un sector de la doctrina civilista francesa se orientó hacia la supresión de la noción de inexistencia, entendida ésta como la máxima sanción de invalidez del acto [113].

Interesa, asimismo, resaltar que un sector de tratadistas partidarios de la noción de inexistencia sostienen que ésta no tiene cabida en la teoría de las nulidades, señalando que sólo se configura cuando ha mediado un impedimento "natural" a la formación del acto, o sea, cuando ha existido un obstáculo que se halla en la propia realidad, mientras que la nulidad aparece cuando el impedimento surge de la norma [114].

Pero fuera de que la teoría del acto inexistente traduce la aplicación de una construcción de neto corte civilista actualmente en crisis, ella —tal como ha pretendido ser transplantada al Derecho Administrativo nacional [115]— es susceptible de algunas críticas adicionales:

112 Entre las obras de la doctrina francesa que han abordado el tema de la inexistencia se destaca la clásica obra de JAPIOT, titulada *Des Nullités en Matière d'Actes Juridiques*, Paris, 1909.

113 MAZEAUD, Henry, Léon y Jean, *op. cit.*, Vol. I, "Parte Primera", págs. 524-525, quienes señalan refiriéndose a la inexistencia: "Pero esta teoría no es solamente inútil, es también falsa". Los autores que la preconizan pretenden que algunas diferencias importantes separan a la inexistencia y a la nulidad absoluta. Ante todo, según ellos, la inexistencia no tendría que ser demandada judicialmente. Olvidan que el acto inexistente, crea una apariencia, y habrá que dirigirse desde luego a los tribunales para hacer que desaparezca esa apariencia y restablecer la realidad: "nadie puede hacerse justicia por sí mismo". En el mismo sentido se expresan MARTY - RAYNAUD, *op. cit.*, t. I, nro. 158 y sigs.

114 LLAMBÍAS, Jorge J., "Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos", LL, t. 50, pág. 876; BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, t. II, pág. 402.

115 IMAZ, Esteban, "Teoría del acto inexistente", LL, t. 89, pág. 893 y sigs.; GORDILLO, Agustín A., *El Acto Administrativo*, 2ª ed., pág. 361 y sigs.

a) En el plano lógico, no resulta correcto asignar apariencia jurídica a lo que en realidad no ha existido [116];
b) Introduce un nuevo elemento de confusión a la clasificación fundada en el grado de gravedad de la invalidez que se añade a las dos categorías conocidas como nulidad absoluta y nulidad relativa (o según algunos autores actos nulos y anulables). Así, lo que para un sector de intérpretes entrañará una nulidad absoluta, para otro, será un acto inexistente, afectando la certeza que debe reinar en todo sistema jurídico [117];
c) Provoca también el error de confundir la categoría del acto inexistente, con la nulidad manifiesta [118].

En consecuencia, de darse todos los elementos del acto aunque viciados, si el defecto es grave habrá nulidad absoluta; en caso contrario la nulidad será relativa.

En cambio, si no hubiere tenido existencia como acto, y se tratara de un grosero comportamiento material de la Administración Pública, la noción que corresponde utilizar es la de "vía de hecho" administrativa [119].

Se ha sostenido la posibilidad de que la vía de hecho administrativa pueda derivarse de la irregularidad que ostentan ciertos actos administrativos (inexistencia de competencia e incompetencia absoluta) que constituyen su base, es decir, no del comportamiento material, sino del acto administrativo que se ejecuta [120].

Aplicando la doctrina que se ha expuesto es evidente que si se está ante uno de los llamados casos de inexistencia, no hay acto administrativo, por lo que la irregularidad que configura la vía de hecho no deriva de acto administrativo alguno y en eso radica precisamente la ilegitimidad grosera del comportamiento material.

116 Algunos autores en vez de hablar de acto inexistente, utilizan la expresión "inexistencia del acuerdo" (cfr. ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 319). Nosotros entendemos que ello es realmente un juego de palabras y que la teoría debe ser —por las razones que damos en el texto— desterrada del derecho administrativo. Ver también BIELSA, Rafael A., *op. cit.*, t. II, pág. 136.

117 Cfr. PARADA VÁZQUEZ, José R., *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 118, Madrid, 1989.

118 A pesar de que aun aceptando la noción de inexistencia ello es posible, en virtud de que la clasificación entre nulidades manifiestas y no manifiestas no se funda en el grado de gravedad del vicio, sino en su visibilidad externa.

119 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 213 y 495; WALINE, Marcel, *op. cit.*, pág. 437 y sigs.; RIVERO, Jean, *op. cit.*, pág. 155-158; BENOIT, Francis P., *op. cit.*, pág. 28 y sigs.

120 Cfr. GRECCO, Carlos M., "Vías de hecho administrativas", LL, t. 1980-C, pág. 1210.

Por lo demás, los supuestos de incompetencia absoluta dan siempre lugar —en nuestro sistema jurídico— a la nulidad absoluta (art. 14, inc. b] de la LNPA).

Al respecto, el ordenamiento positivo nacional recoge la noción de vía de hecho, señalando dos supuestos, que a nuestro parecer han sido establecidos a título enunciativo, como son el comportamiento material lesivo de un derecho o garantía constitucional, y la puesta en ejecución de un acto "estando pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquél, o que, habiéndose resuelto, no hubiere sido notificado" [121].

Por todo lo expuesto, la teoría del acto inexistente es inaplicable en el Derecho Administrativo argentino [122] no sólo por carecer de todo sustento lógico sino porque —como se ha visto— incorpora una complicación inútil a la teoría de la invalidez administrativa.

14. CONCLUSIONES

Es cierto que la efectividad de un buen sistema de invalidez administrativa depende más de los mecanismos procesales que de la estructuración normativa del sistema que varía sustancialmente, como se ha visto, de un ordenamiento a otro. Sin embargo, esa variación que exhibe el derecho comparado no impide desconocer el fondo

121 LNPA, art. 9°; al respecto habíamos sostenido que para la *puesta en ejecución* de un acto en las condiciones a que hace referencia el inc. b) del art. 9° de la ley citada es necesario que se trate de un comportamiento material de la Administración Pública. La reforma introducida al art. 9° por la ley 21.686 recogió nuestra observación, aclarando que los comportamientos que importen vías de hecho deben ser siempre comportamientos materiales (cfr. ESTRADA, Juan Ramón de, "La primera reforma a la ley nacional de procedimiento administrativo...", EDLA, t. 1978, pág. 956). A su vez, la LNPA permite la impugnación de las vías de hecho (argumento del art. 25, inc. d] de la ley) a efectos de que la Administración se abstenga del comportamiento antijurídico correspondiente.

122 Entre la doctrina adversa a la inexistencia como categoría específica de invalidez cabe citar a: BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. II, págs. 136-138; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 492-486; FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 357; GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, págs. 457-459, quien señala que la generalidad de la doctrina española es contraria a la admisión de la inexistencia como un supuesto de invalidez (clasificación tripartita) incluyendo los casos denominados de inexistencia dentro de la nulidad absoluta (*op. cit.*, t. I, pág. 459), que —como hemos dicho— incorpora una complicación inútil a la teoría de la invalidez administrativa, sobre la base de una construcción que se halla en franco retroceso en el derecho civil. Tampoco la admiten como categoría de invalidez dentro de la LNPA; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, t. I, pág. 302, Buenos Aires, Astrea, 1985 y COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1996, pág. 48.

común de la problemática jurídica que enfrentan los diferentes sistemas afectados por similares tensiones en torno de los valores que, en definitiva, tutela cada ordenamiento.

Uno de esos problemas radica en la colisión que se produce entre el principio de legitimidad (o legalidad, según algunos) y el de conservación de los actos jurídicos, en la que, antes de tomar partido por uno u otro, se impone la tarea de armonizarlos en un sistema justo y coherente.

De prevalecer de un modo absoluto el principio de conservación —especialmente para preservar los fines que persigue la Administración— perdería sentido el andamiaje jurídico montado alrededor de las garantías de defensa y razonabilidad o de la tutela judicial efectiva (como estatuye el ordenamiento constitucional español) para hacer que aquélla cumpla sus funciones con arreglo a la ley y al Derecho.

En este aspecto, no se puede menos que coincidir con las concepciones que vienen sosteniendo que los fines de la Administración no pueden constituir un escudo que encubra la ilegalidad y, menos aún, la arbitrariedad, lo que no obsta a que los futuros ordenamientos puedan introducir, en algunos supuestos, como en materia de incompetencia material y vicios de forma, soluciones más favorables a la subsanación de los respectivos actos.

La concepción de los vicios de orden público para tipificar la nulidad absoluta se encuentra en plena vigencia en los distintos ordenamientos, no sólo por responder a una construcción tradicional sino porque tiene una arraigada inserción en la jurisprudencia de distintos países, posee coherencia lógica y permite mantener incólume el principio de legitimidad y, por tanto de la justicia, y razonabilidad, en el obrar de la Administración. Resulta incuestionable, por otra parte, que los principales rasgos de su régimen jurídico se reflejan en el carácter indisponible e imprescriptible que se atribuye a este tipo de invalidez.

En esa tendencia, la clasificación bipartita de la invalidez administrativa continúa cumpliendo un papel trascendente en los sistemas de Europa continental e hispano-americanos, sin perjuicio de las adaptaciones que van continuamente realizándose de acuerdo con el grado de evolución de la disciplina y la realidad sobre la que opera. En tal sentido, la articulación de fórmulas que protejan a los contratantes y terceros de buena fe puede generar una mayor seguridad jurídica como también la interdicción de la arbitrariedad como vicio autónomo del acto administrativo, dado que constituye uno de

los vicios más comunes en que incurren las Administraciones modernas, a cuyo amparo suelen cometerse actos de corrupción que resultan, las más de las veces, difíciles de probar por los particulares afectados.

Sección 2ª

DE LOS VICIOS EN PARTICULAR

1. LA CLASIFICACIÓN DE LAS NULIDADES Y LA REGULACIÓN DE LOS VICIOS EN EL DERECHO COMPARADO

La clasificación más trascendente del sistema de invalidez administrativa en el derecho hispano-americano distingue entre nulidad absoluta (o simplemente nulidad) y la nulidad relativa (anulabilidad). Así, en sus respectivos ordenamientos, Argentina, Venezuela y Costa Rica han prescripto el sistema bipartito tradicional de invalidez (nulidad absoluta y anulabilidad o nulidad relativa), cuya regulación se concreta en la enunciación de los vicios que las leyes consideran de nulidad absoluta. El criterio distintivo radica en la mayor gravedad del vicio que se atribuye a la nulidad absoluta, establecido en función a una prescripción legislativa que estatuye los supuestos en que se configura la afectación del orden público, estableciéndose, también, que esta clase de invalidez es insanable y, en consecuencia, indisponible, tanto por la Administración como por el particular.

La LNPA argentina, no obstante haberse inspirado en la ley española de Procedimiento Administrativo de 1956, en muchas de sus instituciones, ha regulado en materia de vicios un sistema basado en la obra de Marienhoff, que sigue muy de cerca las concepciones imperantes en el Derecho Administrativo francés. Por esta razón, los supuestos de nulidad no constituyen la excepción a la regla general, abarcando la totalidad de los elementos o requisitos de validez del acto administrativo, a diferencia de la legislación española en la que la nulidad de pleno derecho es considerada excepcional [123], sólo aplicable a supuestos tasados [124]. En cambio, los vicios de nulidad relativa

123 Cfr. GARRIDO FALLA, F. - FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (un estudio de la ley 30/92)*, pág. 161, Madrid, 1993; CHINCHILLA, C., *Nulidad y Anulabilidad*, pág. 195, en la obra colectiva *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, dirigida por J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, Madrid, 1993. BELADIEZ ROJO, M., *op. cit.*, REDA, nro. 133, pág. 183.

124 PARADA, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, pág. 251, Madrid, 1993.

poseen carácter residual y no se encuentran tasados por la ley sino prescriptos en una fórmula genérica.

Una regulación distinta, aun dentro de la clasificación bipartita, exhibe la legislación venezolana, que ha seguido, en líneas generales, la formulación de la ley española, no obstante lo cual se perfilan algunas diferencias que le confieren originalidad al sistema, al par que lo aproxima a los derechos argentino y francés.

En tal sentido, el ordenamiento venezolano prescribe que se configura la nulidad absoluta en estos supuestos:

— actos que contengan un objeto ilícito, lo que implica una fórmula más amplia que la referida sólo a los actos constitutivos de infracción que prescribe la ley española [125];

— actos emanados de usurpación de funciones;

— los actos que sean producto de la requisición directa o indirecta de la fuerza, lo cual permite encuadrar la violencia dentro de los vicios de nulidad absoluta [126].

En el sistema argentino aparecen legislados dos tipos de vicios, a saber:

a) vicios de la voluntad, y

b) vicios en los restantes requisitos y elementos de carácter subjetivo y objetivo.

En cuanto a los vicios de la voluntad, considerada como presupuesto del acto administrativo [127], se prescribe la nulidad absoluta para los casos de error excluyente de la voluntad (que no es todo error esencial sino sólo el llamado error radical que excluye totalmente la voluntad de celebrar el acto), como, asimismo, respecto del dolo y la violencia [128]. La regulación de los vicios de la voluntad, separados de los restantes requisitos o elementos del acto administrativo, constituye otra de las diferencias con el sistema español.

A su vez, en la regulación de los vicios de carácter subjetivo y objetivo [129], la ley argentina prescribe la configuración de la nulidad absoluta en los siguientes supuestos:

125 BREWER CARÍAS, A. R., *op. cit.*, pág. 109; el art. 62.1., inc. d) de la LPC prescribe entre los actos nulos de pleno derecho "los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta".

126 Art. 120 de la Constitución de Venezuela; por su parte, la ley de Procedimientos Administrativos incorporó como causal de nulidad absoluta de los actos administrativos los casos en los cuales la Constitución o la ley lo determinen en forma expresa (art. 19.1.).

127 MARIENHOFF, M. S., *op. cit.*, t. II, pág. 281 y sigs.

128 Art. 14, inc. a), LNPA argentina.

129 En el sistema argentino los vicios de la voluntad pueden considerarse en forma autónoma, o bien, respecto de cada uno de los elementos; sobre esta cuestión nos remitimos a lo expuesto en nuestro *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 185 y sigs.

— incompetencia en razón de la materia y del territorio [130];
— falta de causa o falsa causa [131];
— violación de formas esenciales [132], entre los que se incluye el requisito de la motivación [133] de los actos administrativos;

130 La incompetencia en razón de grado siempre fue considerada, en el derecho argentino, un vicio de nulidad relativa y, como tal, susceptible de ratificación por el superior (MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 527); excepto que la avocación o la delegación no fueran procedentes. En cambio, en la anterior LPA de España, se la consideraba como un caso de nulidad de pleno derecho (art. 47.1. a] de la LPA) supuesto que la ley actual la excluye (art. 62.1., inc. a]) siguiendo una corriente jurisprudencial existente; ver al respecto: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, T. R., 7ª ed., págs. 594-595, Madrid, 1995; critican la nueva regulación legal considerando que la exclusión de la incompetencia jerárquica de las causales de nulidad absoluta resulta apresurada sobre la base de que hay casos en los que la distancia entre el superior y el inferior es tan grande que puede configurar el delito de usurpación de fueros (*op. cit.*, t. I, págs. 610-611).

131 En cuanto a la causa, la ley argentina ha adoptado la concepción objetiva al prescribir que se configura por los antecedentes de hecho y de derecho que precedan y fundamentan el dictado del acto administrativo (art. 7°, inc. b], LNPA). La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, en su momento, también adoptó dicha concepción, inspirada en la doctrina de Hauriou (*Précis de Droit Administratif*, pág. 430, Paris, 1927). Véase: caso "Hochbaum" con nuestro comentario en REDA, nro. 3, pág. 111 y sigs.

132 La tendencia de la doctrina se orienta francamente hacia una reducción de los vicios de forma, particularmente en el procedimiento administrativo donde rige el principio del informalismo. Véase: GAMBIER, B., "El procedimiento administrativo: algunas cuestiones que suscita el principio del informalismo", en JA, t. 1992-III, sec. doctrina, pág. 2 y sigs., también se ha ocupado del tema GORDILLO, en "El informalismo y la concurrencia en la licitación pública", publicado en REDA, nro. 11, pág. 298 y sigs., Buenos Aires, 1992.

En el ordenamiento nacional la ley considera esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos (art. 7°, inc. d], LNPA); consideramos que resulta excesivo sancionar la falta de dictamen jurídico con la nulidad del acto en tanto no se viole de un modo absoluto la garantía de la defensa ya que, siendo la forma un requisito instrumental, no puede transformarse en un elemento sustancial del acto administrativo vinculado como regla general al orden público.

La Corte Suprema ha admitido la validez de un acto administrativo aun cuando el dictamen jurídico se haya emitido con posterioridad a su dictado pero antes de resolverse el recurso jerárquico (*in re* "Duperial SA c/ Gobierno Nacional", ED, t. 85, pág. 627).

En la doctrina española, si bien con una diferente regulación positiva, se ha señalado que se viene operando una reducción progresiva de los vicios de forma, que resultan susceptibles de subsanación en la medida en que no se genere una indefensión absoluta, que sea imposible de sanear en otras instancias. Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. I, 7ª ed., págs. 618-623, Madrid, 1996.

133 En el derecho argentino la regla general es que el acto administrativo debe ser motivado, lo que resulta un requisito ineludible, máxime en materia de actividad discrecional de la Administración; sobre este tema: FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, REDA, nro. 80, pág. 577 y sigs. La ley venezolana de Procedimientos Administrativos ha seguido en este punto la orientación de la ley argentina (art. 9°) exigiendo la motivación excepto para los actos de simple trámite.

— violación de la ley [134], y
— desviación de poder [135].

En una línea distinta se encuentra el derecho norteamericano, en el que los vicios de los actos administrativos constituyen una creación jurisprudencial cuyo gran causismo dificulta la sistematización.

Aún así, muchos de los vicios que prescriben los derechos administrativos de Europa Continental e Hispanoamérica han encontrado también recepción en los repertorios jurisprudenciales de los tribunales norteamericanos, tales como la irrazonabilidad, falta o error de causa, motivación defectuosa o insuficiente, objeto ilegal, desviación de poder y arbitrariedad [136] poniendo el acento en las violaciones al derecho de defensa.

Ese camino se advierte también a la hora de establecer el alcance retroactivo de la declaración de invalidez ya que no existe un criterio en esta materia que permita extraer un principio general aplicable, no obstante que la tendencia parece inclinarse hacia el reconocimiento de efectos sólo para el futuro, particularmente en la eliminación del efecto retroactivo de la invalidez de reglamentos [137].

2. LA DISTINCIÓN ENTRE LOS VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO SEGÚN SU CARÁCTER SUBJETIVO U OBJETIVO

El estudio particularizado de los vicios del acto, precisa llevarse a cabo —por razones lógicas y didácticas— en forma independiente de los distintos elementos que concurren a su formación y una vez configuradas las categorías propias de la teoría general de la invalidez administrativa.

Los planteos doctrinarios que utilizan una metodología diferente adolecen ya sea del defecto de tratar en forma promiscua vicios y elementos, o bien de estudiar a continuación del tema de los vicios, el sistema general de la invalidez administrativa. Por el contrario, re-

134 La violación de la ley (art. 14, inc. b], LNPA), típico medio de apertura del recurso por exceso de poder del derecho francés, se refiere a los vicios en el objeto del acto administrativo; con todo, no todos los vicios en dicho elemento provocan la nulidad absoluta (ej.: objeto oscuro o impreciso) sino cuando el acto no se puede subsanar por alterar el orden público administrativo.

135 La desviación en la finalidad que debió inspirar el dictado del acto administrativo acarrea como consecuencia, en el ordenamiento argentino, la nulidad absoluta (art. 14, inc. b], LNPA). La situación es diferente en el derecho español, donde este vicio no se encuentra contemplado dentro de las causales de nulidad de pleno derecho (art. 62, LPA).

136 MAIRAL, H. A., *op. cit.*, t. II, pág. 590 y sigs.

137 MAIRAL, H. A., *op. cit.*, t. II, pág. 860, considerando que ello podría afectar la seguridad de las relaciones jurídicas nacidas al amparo del acto declarado inválido.

sulta evidente que no se pueden analizar los vicios del acto sin antes examinar a fondo los elementos que lo componen ni sin que previamente se hayan abordado las distintas clasificaciones o tipos de invalidez existentes, que constituyen la base necesaria para después aplicar los conceptos generales del sistema a los vicios en particular, en especial, la clasificación entre nulidades absolutas y relativas, que, por fundarse en la gravedad del vicio, constituye el centro de la problemática que gira en torno a los vicios del acto administrativo.

A su vez, de acuerdo al criterio que considera a la voluntad como un requisito-presupuesto del acto, que juega en un plano distinto a los elementos, el vicio tendrá una configuración diferente según que se afecte la voluntad (en su carácter estrictamente subjetivo) o algunos de los elementos esenciales.

No puede dejarse de advertir que este planteo es estrictamente didáctico, por cuanto la voluntad se halla presente en todos los elementos del acto, de tal manera, que los típicos vicios que la afectan se refieren siempre a uno o a todos los elementos del mismo.

Puede ocurrir entonces, que si se toma aisladamente un elemento —por ejemplo el objeto— el acto adolezca de un vicio subjetivo (v.gr., error) o que tenga por el contrario un vicio de carácter objetivo (v.gr., objeto ilícito). En el primer supuesto, el objeto puede ser lícito en el plano objetivo, pero como la voluntad se halla afectada porque el acto no ha sido efectivamente querido por el órgano emisor, el acto resulta inválido. En el segundo caso, el acto pudo haber sido plenamente querido por el agente, pero el objeto resulta ilícito en su confrontación con el derecho objetivo.

Ello demuestra que, por razones teóricas y metodológicas, resulta más ventajoso escindir los denominados vicios de la voluntad que aparecen en cada elemento, para no tener que formular repeticiones innecesarias (pues en caso contrario habría que analizar los vicios de error, dolo y violencia respecto de cada elemento), teniendo en cuenta además, que ellos tienen una problemática propia y singular que los caracteriza y, al propio tiempo, los diferencia de los vicios que en definitiva se habrán de considerar como propios de los elementos del acto administrativo.

3. VICIOS DE LA VOLUNTAD

Si la voluntad constituye básicamente una construcción asentada en la voluntad psíquica del agente del cual emana la declaración,

los vicios o defectos susceptibles de afectar su exteriorización al plano jurídico repercuten sobre la validez del acto [138].

En cambio, de aceptarse la tesis que desconoce trascendencia al querer del agente, tal como se advierte en la posición que preconiza la existencia de una "voluntad normativa" [139], habría que eliminar de la teoría de la invalidez, todo el capítulo de los vicios de la voluntad, a raíz de que se objetiviza la transgresión a cada uno de los elementos esenciales del acto administrativo.

La denominada "voluntad normativa" no representa nada más que una metáfora, pues indica en todo caso la adecuación de los distintos elementos del acto al ordenamiento jurídico y deja de tener sentido cuando la actividad de la Administración Pública reviste carácter discrecional, donde se carece de una norma que predetermine la actuación del órgano emisor del acto. Tal tesitura importa un retroceso en la ciencia del derecho, pues es bien conocida la evolución operada en el derecho romano hasta liberarse del formalismo rígido que impedía aceptar la existencia de los vicios de error, dolo y violencia, como consecuencia de que se otorgaba una total y absoluta preminencia a la declaración formal sobre la voluntad real de la persona que emitió el acto [140].

En lo que concierne al Derecho Administrativo, el problema de la voluntad, si bien tiene una serie de connotaciones propias (tal como la inaplicabilidad del dogma de la autonomía de la voluntad) [141] no se configura de una manera muy diferente a lo que acontece en Derecho Privado [142] asignándosele prevalencia a la voluntad real sobre la declarada [143] por más que esta última no contradiga el ordenamiento jurídico.

138 OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de, *Atos Administrativos*, pág. 71, São Paulo, 1980.

139 GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 470; FORSTHOFF, Ernest, *op. cit.*, pág. 291, a quien sigue parcialmente GORDILLO (*op. cit.*, 2ª ed., pág. 269 y sigs.); PRAT, Julio A., *De la Desviación de Poder*, págs. 50-51, Montevideo, 1957.

140 RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *op. cit.*, t. IV, Vol. 1, págs. 107-108; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, *op. cit.* "Parte Segunda", Vol. 1, págs. 182-184.

141 Porque la voluntad del particular no se encuentra en el mismo plano jurídico que la voluntad de la Administración.

142 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 504; FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, pág. 245, México, 1944; ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, págs. 269-270, sostiene que la voluntad tiene en ambos campos (público y privado) igual naturaleza y trascendencia.

143 Cfr. DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 245; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 434; D'ALESIO, Francesco, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, 2ª ed., pág. 186, Torino, 1939; ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 398 y sigs., trad. del italiano, Buenos Aires, Arayú, 1954.

Esas razones nos llevan a negar rotundamente la posibilidad de considerar como válidos tanto el acto de un funcionario insano como el acto administrativo conseguido a través del empleo de violencia [144] pues, en tales casos, la voluntad real se hallará realmente viciada, y el respectivo acto resultará inválido.

En ese marco doctrinario, resulta acertada la postura de quienes, al abordar lo que se ha denominado el "estado patológico" del acto administrativo [145], separan los típicos vicios de la voluntad, en función de la problemática propia y específica que los caracteriza, de los restantes vicios que corresponden a cada uno de los elementos del acto administrativo objetivamente considerados [146].

El punto de partida en el Derecho Público es similar al del Derecho Privado; así los vicios que afectan la expresión de la voluntad son el error, el dolo y la violencia, mientras que la simulación constituye un defecto autónomo del acto administrativo que, por sus características específicas, corresponde que sea estudiado a continuación de los vicios de la voluntad.

Los vicios de la voluntad presentan una causal de invalidez cuya flexibilidad deja un amplio margen de valoración para el órgano (administrativo o judicial) que debe revisar el acto, a diferencia de lo que acontece en otros supuestos donde la sanción aparece predeterminada y rígida, insusceptible de más o de menos (ej.: falta de forma expresamente requerida por la ley).

A) Error

El error y la ignorancia que, como es sabido, se identifican en el plano jurídico desde el derecho romano hasta nuestro Código Civil (arts. 922 y 929), traducen respectivamente, un falso o deforme conocimiento, o bien, una ausencia de conocimiento, respecto de uno, varios o todos los elementos del acto [147].

En el campo del Derecho Administrativo, la teoría del error asume particularidades propias, que tornan inaplicables algunas dispo-

144 Tal como sostienen GARRIDO FALLA (*op. cit.*, t. I, págs. 470-471, texto y nota 23) y FORSTHOFF (*op. cit.*, pág. 291) respecto del acto realizado por un funcionario enfermo mental.

145 ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 320.

146 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 504 y sigs.

147 SALVAT, Raymundo M., *op. cit.*, "Parte General", t. II, pág. 528, actualizado por LÓPEZ OLACIREGUI; LLAMBÍAS, Jorge J., *op. cit.*, t. II, pág. 452; sin embargo, algunos tratadistas como ZANOBINI (*op. cit.*, t. I, págs. 398-400) y BIELSA (*op. cit.*, t. II, pág. 47) no incluyen la ignorancia entre vicios de la voluntad.

siciones que el Código Civil prescribe en esta materia, pues la expresión de la voluntad no sólo está guiada por la autonomía del sujeto emisor sino también por las normas que predeterminan su actuación, algunas de las cuales pertenecen al orden público administrativo. Así, en primer lugar, no puede aceptarse —al menos en nuestro ordenamiento— la aplicación del criterio que sobre el error esencial trae el Derecho Civil [148] en virtud de que el codificador ha seguido un criterio casuista [149], que no se adecua a los distintos elementos que integran el acto administrativo.

En principio, el criterio para apreciar el error debe basarse en la gravedad del vicio, en relación a la manera e intensidad con que se afecten todos o algún elemento esencial del acto administrativo. El error, para que configure la invalidez del acto, debe ser de tal naturaleza y entidad, que si la Administración Pública lo hubiera conocido no habría emitido el acto o lo habría dictado con un contenido esencialmente diverso, siendo éste el sentido que cabe asignar a la expresión "error esencial o sustancial" en el Derecho Administrativo [150]. De lo contrario, si el error no reúne tales características —lo cual constituye una cuestión que habrá que valorar en cada caso— se configurarán sólo meras irregularidades, que carecen de trascendencia para invalidar el acto.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación exhibe un nutrido repertorio de casos donde se ha calificado el vicio de error [151] cuya dilucidación es fundamental —por ejemplo— para juzgar acerca de la estabilidad del acto en sede administrativa [152].

148 Para MARIENHOFF, las conclusiones a que los civilistas han arribado acerca del "error esencial" son aplicables en derecho administrativo (*op. cit.*, t. II, pág. 506).

149 Cfr. LLAMBÍAS, Jorge J., *op. cit.*, t. II, pág. 453, quien señala que en el Cód. Civ. aparecen refundidos (en base a un criterio enunciativo), "los errores 'radicales' " de la terminología de Planiol, que son excluyentes de la voluntad, y los "errores esenciales" de la doctrina francesa, que constituyen vicios de la voluntad.

150 Ver GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús - GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, t. I, Madrid, 1997, pág. 1023.

151 *Fallos*, 182:267; 185:177; 196:422; 250:491; 255:231, y 265:349; la Corte equipara el error grave a la incompetencia "en la medida que ese error supera lo meramente opinable en cuanto a las normas que rigen el caso" (caso "Puch, Héctor S.", LL, t. 125, pág. 307, considerando 7°, *Fallos*, 265:349). Dichas expresiones de la Corte resultan inapropiadas porque: 1°) El error no es asimilable a la incompetencia, típico vicio objetivo; 2°) En lugar de referirse a lo meramente opinable en cuanto a las normas del caso (frase cuyo sentido resulta confuso) debió haberse concretado al criterio basado en la gravedad de la afectación de todos o algunos de los elementos esenciales del acto.

152 Véase el caso "América Cables and Radio Inc. c/ Caja Nacional de Previsión para el

Cuando el error sea de tal gravedad que excluya la voluntad de la Administración (error esencial excluyente) el acto se hallará viciado de nulidad absoluta [153], mientras que en los otros supuestos, aun cuando el error fuere "esencial", en el sentido que cabe asignarle a este vocablo en el Derecho Administrativo, el vicio configurará una nulidad relativa, y como tal, susceptible de saneamiento (error meramente esencial) [154].

Otra de las particularidades propias que presenta la teoría del error, es que a diferencia de lo que acontece en Derecho Privado [155] se admite como principio general la invocación del error de derecho para invalidar el acto administrativo, solución que a nuestro juicio se funda en la necesidad de mantener el principio de la legalidad administrativa y en la distinta naturaleza de los intereses involucrados [156].

B) Dolo

De acuerdo a los términos del art. 931 del Cód. Civ., el dolo consiste en "toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee..." para conseguir la realización de un acto jurídico [157].

Personal de Servicios Públicos", fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y publicado por LL, t. 143, pág. 226, con nota de FIORINI ("Potestad anulatoria de la Administración Pública. Cosa juzgada administrativa y derecho de defensa").

153 Tal es también en nuestro concepto la interpretación que resulta de lo prescripto en el art. 14, inc. a) de la LNPA 19.549, en cuanto estatuye la nulidad absoluta del acto "cuando la voluntad de la Administración resultare *excluida* por error esencial...".

154 En la jurisprudencia de la Sala III de la CNac. de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, se registra un caso en que se resolvió que si el acto administrativo que se impugnó dispuso el retiro obligatorio de un oficial de policía sobre la base de un dictamen de la Junta de Calificaciones que resultó inexistente, el vicio incurrido debe considerarse encuadrado en la causal de nulidad absoluta prescripta en el art. 14, inc. a) de la LNPA (*in re* "Ahned c/ Estado Nacional", de fecha 28-IV-1988, cit. por MAIRAL, *op. cit.*, pág. 2, nota 32).

155 BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, t. II, pág. 307; no puede suponerse —por ejemplo— que la Administración se prevalezca de un error de derecho para perjudicar a los administrados.

156 La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que sólo por error grave de derecho pudo una Caja de Previsión aceptar que la devolución de la empresa recurrente comprendiera los aportes realizados con anterioridad a la ley 15.233 "ya que sólo desde la sanción de ésta el personal de 'Segba' quedó incorporado al régimen del dec.-ley 7913/57, y excluido por lo tanto, de acuerdo con el art. 3°, de los aportes en concepto de asignaciones familiares, en razón de no ser éstas, según el texto, integrantes del salario". Caso "América Cables and Radio Inc. c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal de Servicios Públicos" (LL, t. 143, pág. 232).

157 Se ha observado que la imprecisión y vaguedad de la noción que trae la norma ci-

También aquí se aplican las disposiciones que prescribe el Código Civil [158], con dos salvedades importantes:

1) El dolo recíproco es causal de invalidez del acto [159].

2) No se requiere que el dolo ocasione un daño importante [160].

En consecuencia, el dolo, para generar la invalidez del respectivo acto, debe ser grave y determinante de la acción del agente (art. 932, incs. 1° y 2° del Cód. Civ.). Es lo que se conoce en el Derecho Civil como "dolo principal".

Si bien no es común que se presenten en la práctica actos viciados de dolo, lo cierto es que, como señala Jèze (con especial referencia a los contratos) ello puede acontecer [161].

Dado el fundamento de moralidad que persigue la sanción del dolo, ya sea que el dolo provenga del agente público o del particular [162] o de ambos [163] la consecuencia debería ser la nulidad absoluta del acto, sobre todo, teniendo en cuenta la gravedad que se exige para su configuración.

C) Violencia

La violencia, que completa el cuadro de los vicios de la voluntad, consiste en la utilización de medios coercitivos sobre el administrado o el agente público para obligarlo a realizar un acto cuyo objeto no resulta —en forma total o parcial— libremente querido por quien lo emite.

---

tada obedece a que el dolo "se presenta en formas infinitamente variadas y complejas, de tal manera que el legislador no podrá hacer otra cosa que darnos una fórmula general y elástica, dejando librado al criterio de los jueces el cuidado de su aplicación" (SALVAT, Raymundo M., *op. cit.*, "Parte General", t. II, pág. 566, actualizado por López Olaciregui).

158 Cfr. HEREDIA, Horacio H., "El Contencioso Administrativo en el fuero federal de la Capital de la República Argentina", *Revista de la Universidad de Buenos Aires, homenaje al Profesor Rafael Bielsa*, t. I, pág. 15, Buenos Aires, 1979.

159 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 509.

160 Ambos requisitos exigidos por el art. 932 del Cód. Civ., resultan inaplicables en mérito al fundamento que en el derecho administrativo persigue la sanción del dolo: la moralidad de la actividad de la Administración Pública.

161 JÈZE, Gastón, *op. cit.*, t. IV, págs. 6-7, quien trae la reseña de los casos "Société des grands moulins de Corbeil" y "Etlin", resueltos por el Consejo de Estado en el año 1923.

162 La conclusión a que arribamos en el texto no es compartida por la doctrina: DIEZ, Manuel M., *El acto administrativo*, pág. 146; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 509-510; GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 2ª ed., págs. 303-304; no es tampoco la solución que recoge la LNPA en cuanto sólo prescribe la nulidad absoluta cuando al configurarse el dolo "se tenga como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos", siguiendo el criterio de MARIENHOFF (*op. cit.*, t. II, pág. 510).

163 Cfr. GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, pág. 304, para el dolo recíproco producto del soborno o cohecho.

Tales medios coercitivos pueden traducirse en violencia física o moral, también conocidas respectivamente bajo el nombre de fuerza y temor o intimidación [164].

En lo fundamental, si bien el supuesto de la violencia moral puede tener una aplicación mayor en el Derecho Administrativo que en el Derecho Privado [165], cabe acudir a las prescripciones establecidas en el Código Civil para determinar los requisitos que deben reunir ambos tipos de violencia [166].

No obstante, existen autores que le niegan trascendencia práctica a la violencia en el Derecho Administrativo [167] o bien, que consideran que no constituye de por sí un vicio capaz de afectar la legitimidad del acto, por cuanto éste debe apreciarse en su estructuración objetiva [168].

Pero tales afirmaciones no pueden compartirse, en primer lugar, porque de la circunstancia que los repertorios jurisprudenciales no abunden en casos de violencia, no cabe inferir que, en la práctica administrativa, ellos no puedan presentarse, si bien es cierto que la prueba de la configuración del vicio resulta casi siempre dificultosa.

En segundo término, porque la tesis de una "voluntad normativa u objetiva" no sólo postula la utopía de pretender que toda la actividad administrativa resulta predeterminada, sino que relega el papel de la persona en su condición de protagonista del derecho.

No puede aceptarse, en principio, que el acto administrativo arrancado mediante violencia física o moral pueda significar un acto válido, como lo sostiene un sector de la doctrina [169], lo contrario sería propiciar el caos en la Administración, en desmedro del orden y la autoridad que deben reinar en todo estado de derecho, aparte de la

164 El Cód. Civ. emplea los términos fuerza y temor o intimidación en los arts. 936 y 937, mientras que utiliza la expresión "violencia" en los arts. 1045 y 1058.

165 ZANOBINI, Guido, *op. cit.*, t. 1, pág. 399, quien se refiere a la intimidación que pueda efectuar un superior jerárquico.

166 Art. 936 y sigs. del Cód. Civ.

167 ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 321.

168 SANDULLI, Aldo M., *op. cit.*, pág. 414; la postura de este autor resulta una consecuencia lógica de su concepción estrictamente objetiva acerca de la voluntad en el acto administrativo (*op. cit.*, pág. 390). Por ello juzgamos errada y carente de lógica la posición de quienes sostienen una voluntad objetiva o normativa y luego admiten la existencia de los vicios de error, dolo y violencia.

169 GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, págs. 470-471, nota 23; BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. II, pág. 50; el primero de los autores citados sostiene esta opinión respecto a los actos dictados en ejercicio de una actividad reglada, cuando el agente público empleare la violencia física contra otro para conseguir un ascenso o plaza, a que legalmente tiene derecho. En contra: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 511-512.

inmoralidad que trasuntaría la admisión de la fuerza o intimidación (injusta —amenaza de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes— art. 937, Cód. Civ.) como recurso para conseguir el dictado de un acto.

Tales razones nos llevan también a sostener que el tipo de invalidez que recae sobre el acto administrativo emitido bajo violencia (física o moral), es la nulidad absoluta [170] en todos los supuestos en que se configura dicho vicio.

4. LA SIMULACIÓN

Nuestro Código Civil utiliza, en el art. 955, una definición de tipo descriptivo para referir las distintas situaciones que configuran la simulación, expresando que ella tiene lugar "cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquéllas para quienes en realidad se constituyen o transmiten".

En el acto simulado, hay falta de correspondencia entre la declaración y la real o efectiva voluntad, sin configurarse un vicio en la determinación volitiva, que permanece encubierta. En realidad, constituye un defecto autónomo del acto cuyas características propias justifican su tratamiento diferenciado, aunque técnicamente siempre será uno o un conjunto de elementos los que se encuentren directamente afectados por la simulación.

La simulación, cuando es ilícita, es causal de invalidez del acto administrativo, puesto que no cabe suponer la vigencia de un acto que altere el principio de la legalidad que impera en toda la actuación administrativa.

No obstante haberse sostenido que en el Derecho Administrativo la simulación siempre genera un acto inválido [171] ello será así en tanto la simulación sea ilícita, aceptándose la legitimidad de ciertos actos administrativos simulados, cuando razones de urgencia e inte-

170 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 511-512, aunque con distintos fundamentos basados en la satisfacción directa e involuntaria del interés público, en la necesidad de mantener el principio de la "espontaneidad" (para la violencia física) y en el respeto de las reglas de competencia (con relación a la violencia moral, pues considera que el acto proviene en realidad del autor de la coacción).

171 Esta postura es sostenida en la doctrina italiana por ALESSI (*op. cit.*, t. I, pág. 321) y en nuestro país por MARIENHOFF (*op. cit.*, t. II, pág. 513).

rés público tornan necesario acudir al expediente de la simulación (ej.: decreto suscripto por el Presidente de la República en el interior del país, que aparezca firmado en Buenos Aires).

La simulación puede ser absoluta o relativa, según que el acto carezca de los elementos esenciales o que estos últimos existan, pero viciados; la primera, genera en todos los casos una nulidad absoluta [172], mientras que la segunda configura una causal de invalidez relativa y como tal, susceptible de saneamiento.

5. VICIOS EN EL ELEMENTO SUBJETIVO

En cuanto a los vicios en el elemento subjetivo o "sujeto", como algunos autores lo prefieren titular [173], hay que escindir los dos aspectos que rigen la actuación de quienes intervienen en el acto administrativo: competencia y capacidad; teniendo en cuenta especialmente, que el acto puede ser unilateral o bilateral, tanto en su formación como en los efectos que genera.

A) Incompetencia

El vicio de incompetencia ha tenido históricamente una gran importancia en el Derecho Administrativo clásico como consecuencia de que en él se basaba uno de los recursos primigenios instituidos en Francia como medio de impugnación de los actos que afectaban la competencia del ente u órgano administrativo: el "exceso de poder" [174].

En la actualidad, este vicio no ha perdido la trascendencia que tuvo en sus orígenes, ya que la competencia sigue constituyendo el basamento donde se apoya la actuación de los sujetos y órganos administrativos, no obstante que la evolución que se opera posteriormente introduce nuevas y no menos importantes causales de impugnación de los actos administrativos.

Para determinar el tipo de invalidez (absoluta o relativa) que afecta a un acto viciado de incompetencia, debe acudirse a la clasificación que subdivide la competencia en relación a los aspectos en

172 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 513-514, es también la solución que trae la ley 19.549, art. 14, inc. a), *in fine*.

173 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 516 y sigs.

174 Véase el meditado estudio realizado por Prat, quien señala que si bien en sus orígenes los vicios que afectan la forma y el fin del acto ("desviación de poder") aparecen confundidos con la competencia, en la actualidad se presentan bajo caracteres propios que les confieren autonomía respecto de la incompetencia (cfr. PRAT, Julio A., *De la desviación de poder*, págs. 160-161, Montevideo, 1957).

que ella se presenta (es decir, en razón del territorio, de la materia, del tiempo y del grado) y luego, vincular el grado de violación del ordenamiento jurídico con el criterio que preside la principal clasificación de la invalidez, que como ya se ha visto, se basa en la gravedad del vicio [175]. Así, corresponde abordar estas clasificaciones:

a) Incompetencia territorial

Si una entidad u órgano estatal excede el ámbito territorial dentro del cual se circunscribe su competencia, tal actuación genera un acto de nulidad absoluta (ej.: la decisión de un Poder Ejecutivo provincial de dictar medidas de policía sobre actividades que se realizan en la Capital Federal o en otra provincia).

b) Incompetencia por razón de la materia

La incompetencia por razón de la materia puede referirse tanto a la circunstancia de que la Administración dicte actos en materias ajenas a su competencia propia, invadiendo la esfera que corresponde a los órganos legislativos o judiciales, como en el supuesto de que se dicten decisiones en materias que correspondan a otros entes u órganos administrativos [176].

En virtud de que las disposiciones que adjudican la competencia en razón de la materia integran un verdadero orden público administrativo, el acto viciado de este tipo de incompetencia configura una nulidad absoluta, y como tal, es insusceptible de saneamiento [177].

175 Tal es también el criterio que se advierte en el derecho positivo nacional: LNPA, art. 14, inc. b), donde se estatuye que el acto administrativo adolece de nulidad absoluta "cuando fuere emitido mediante incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieran permitidas...". Ver y comparar ARNANZ, Rafael A., *De la competencia administrativa*, pág. 32 y sigs., especialmente págs. 44-45, Madrid, 1967; ANDREA FERREIRA, Sergio de, *Leções de Direito Administrativo*, págs. 73-76, Rio de Janeiro, 1972.

176 En sentido similar, DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 342 y sigs.; GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, pág. 262; ver también, SAYAGUÉS LASO, Enrique, t. I, pág. 433.

177 RIVERO, Jean, *op. cit.*, pág. 223; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 518. Es también el criterio de la LNPA 19.549, art. 14, inc. b). GORDILLO ha opinado, en cambio, que en algunos supuestos el vicio de incompetencia en razón de la materia puede tener carácter leve (*op. cit.*, pág. 263). En España, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (nro. 30/92) sólo sanciona con el grado máximo de invalidez los actos dictados por órgano *manifiestamente incompetente*, aquellos cuyo contenido resulte imposible o constitutivo de delito y los dictados con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos

El fundamento de la competencia no radica en la necesidad de aplicar el principio de la división del trabajo, como han sostenido algunos autores [178], ya que tal postura trasunta una idea solamente aplicable desde el punto de vista de la organización administrativa. En cambio, ella cobra vigencia como elemento del acto administrativo a raíz de la necesidad de adecuar la actividad administrativa a reglas jurídicas preestablecidas en garantía de los particulares o administrados; en otros términos: el estado de derecho.

En el plano externo y objetivo la competencia en razón de la materia importa una delimitación de las atribuciones de los sujetos y órganos estatales establecidos en garantía del administrado y orientadas por el principio de la especialidad, cuya violación da lugar a la nulidad absoluta del acto [179].

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado —si bien no con una completa ni adecuada sistematización— que cuando el Poder Ejecutivo se arroga el ejercicio de facultades judiciales —lo cual constituye un caso de incompetencia en razón de la materia— la nulidad del acto es absoluta [180].

c) Incompetencia en razón del grado

Cuando el órgano superior dicta un acto que le corresponde al órgano inferior en virtud de su idoneidad específica y viceversa, como cuando el superior efectúa una delegación ilegal [181] el acto se

---

colegiados (art. 62.1). Véase asimismo en la doctrina española las críticas que al precepto formula FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*op. cit.*, pág. 255 y sigs.).

178 JORDANA DE POZAS - RODRÍGUEZ MORO - GARRIDO FALLA (cit. por ARNANZ, Rafael A., *De la Competencia Administrativa*, Madrid, 1967), *op. cit.*, pág. 28.

179 Arnanz también acepta la aplicación de las nociones de nulidad absoluta y relativa a los vicios de incompetencia (lo cual presupone la aceptación del sistema de las nulidades que nosotros efectuamos, al menos en esta categorización) y critica la solución legislativa española que basada en Forsthoff utiliza la noción de nulidad manifiesta (*op. cit.*, pág. 28). Como se ha visto, la nulidad manifiesta juega en forma independiente de la categoría que se apoya en la gravedad del vicio (absoluta y relativa).

180 *Fallos*, 190:151, 241:396; otros fallos han recogido el principio de que la incompetencia en razón de la materia genera una invalidez absoluta, que como tal, es insanable: véase, por ejemplo, el publicado en LL, t. 140, pág. 616.

181 RIVERO, Jean, *op. cit.*, pág. 224, para quien en la práctica las delegaciones ilegales son uno de los casos más frecuentes de anulación de los actos por vicio de incompetencia. Al respecto, la Procuración del Tesoro de la Nación ha señalado en algunos casos la improcedencia de la delegación de facultades por parte del Tribunal de Cuentas de la Nación, considerando que su competencia tiene de acuerdo a la Ley de Contabilidad (art. 85) carácter privativo y excluyente, y que frente a observaciones de las delegaciones de dicho Tribunal a un decreto del Poder Ejecutivo, no se requiere el dictado del decreto de insis-

encuentra afectado por incompetencia en razón del grado, es decir, en relación a la posición que ocupa el órgano en la escala jerárquica.

¿De qué naturaleza es el vicio en cuanto al grado de violación del ordenamiento jurídico? Varias son las posiciones que se han esgrimido sobre esta cuestión en la doctrina administrativa. Desde quienes consideran que un acto administrativo en todos los supuestos (ej.: no obstante hallarse prohibida la delegación) configura una nulidad relativa, susceptible de saneamiento [182] hasta aquellos que entienden que la sanción pertinente es la nulidad absoluta del acto [183], caben los matices más diversos [184].

Si el defecto de incompetencia en razón del grado debe juzgarse en base a la intensidad con que se afecte el ordenamiento jurídico y a la posibilidad de subsanar el vicio sin contradicciones con el sistema administrativo, se requiere establecer primero el principio general, y luego, sus excepciones, en el caso de que las hubiera.

Como las reglas de competencia, en razón de la materia han sido erigidas en base a la idea de que la Administración ajuste su obrar a reglas preestablecidas [185], hay que analizar si la violación de las reglas de incompetencia en razón del grado traduce una grave violación del fundamento de la propia competencia material.

Habida cuenta de la actual dinámica del Estado, resulta inapropiado aceptar un criterio extremo, como el que postula Forsthoff; la solución correcta, en el plano estrictamente jurídico debe ser que, en principio, un acto viciado por incompetencia en razón del grado, genera una nulidad relativa. Por excepción, en aquellos supuestos en que la avocación o la delegación no estuvieran permitidas por el ordenamiento jurídico, el vicio o defecto configurará una nulidad absoluta [186].

---

tencia, por cuanto dichas observaciones no suspenden el cumplimiento del acto (cfr. *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 98, pág. 23).

182 GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 477, fundado en la apariencia jurídica que genera la delegación.

183 Cfr. FORSTHOFF, Ernst, *op. cit.*, págs. 322-323, con otra terminología.

184 GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, pág. 258 y sigs.

185 En garantía de los administrados en forma directa, o indirecta, por lo que implica la observancia del principio de la legalidad.

186 Un criterio semejante —aunque sin sentar expresamente el principio— se aprecia en MARIENHOFF (*op. cit.*, t. II, pág. 522). La LNPA ha sentado la regla inversa, aunque la consecuencia es la misma (art. 14, inc. b]); tampoco se menciona allí la avocación, si bien ello aparece subsanado más adelante, al tratar la ratificación (art. 19, inc. a]).

B) Incapacidad

Este vicio comprende tanto los casos en que se halla afectada la capacidad de hecho del agente público como la del administrado.

En nuestro sistema se aplican —en principio— las reglas establecidas en el Código Civil, por cuya razón, para juzgar el tipo de nulidad (absoluta o relativa) habrá que tener en cuenta también las disposiciones de la legislación común. Ello demuestra, por otra parte, la ventaja de utilizar una clasificación que se articula y armoniza con el sistema del Derecho Civil.

Sin embargo, los requisitos que rigen la capacidad civil pueden resultar modificados por el Derecho Administrativo siempre que no se agrave la situación del administrado, tal como ocurre en el procedimiento administrativo con la capacidad de los menores adultos [187].

Con respecto a las normas que rigen la capacidad de derecho de los agentes públicos o administrados, en virtud de su carácter local o federal, según los casos, y en mérito a que la regulación de estas situaciones integra su contenido típico y específico, el Derecho Administrativo puede establecer requisitos diferentes, los cuales tienen primacía sobre las disposiciones del Código Civil.

Dada la naturaleza de orden público de las normas que consagran incapacidades de derecho, su violación genera la nulidad absoluta del pertinente acto.

6. VICIOS QUE AFECTAN A LA CAUSA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La ausencia de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican el dictado del acto, así como la circunstancia de que los mismos fueren falsos, determinan la nulidad absoluta del acto [188].

187 Cfr. art. 3°, RLNPA, *in fine*, que preceptúa: "Los menores adultos tendrán plena capacidad para intervenir directamente en procedimientos administrativos como parte interesada en la defensa de sus propios derechos subjetivos e intereses legítimos". Anteriormente, el art. 5° del dec. 7520/40, también facultaba en algunos casos al menor a recurrir administrativamente sin autorización paterna, pero requería la decisión favorable del ministerio correspondiente.

188 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 226-227; solución que acoge la LNPA, art. 14, inc. b). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que el acto en que falten los presupuestos de hecho constituye un acto irregular carente de estabilidad en sede administrativa (véase caso "Hochbaum Salomón I.", RADA, nro. 3, pág. 111 y sigs., con nuestro comentario). Para ZANOBINI se trata de un vicio atinente al procedimiento que no constituye un elemento esencial del acto, postura que no compartimos por las razones expuestas al tratar la causa como un elemento del acto administrativo (*op. cit.*, t. I, págs. 401-402).

Así lo ha resuelto frecuentemente la jurisprudencia al declarar que debe considerarse carente de causa la cesantía basada en un delito inexistente y que una multa fundada en hechos falsos configura una nulidad absoluta [189]. Entre los precedentes de la Corte Suprema corresponde señalar, por su trascendencia, el caso "Solá", en el que declaró la nulidad absoluta de un decreto del Poder Ejecutivo por vicio grave en la causa [190].

Si hubiere, en cambio, error en la causa, el tipo de nulidad (absoluta o relativa) puede variar según la naturaleza y gravedad del defecto, para lo cual cabe acudir a los principios ya sentados al tratar dicho vicio de la voluntad [191].

7. DEFECTOS EN EL OBJETO

El vicio en el elemento objeto —cuyas características se han tratado anteriormente— tradicionalmente denominado "violación de la ley" [192] configura, en principio, una nulidad absoluta, ya que la ilicitud [193] e irrazonabilidad, como la imposibilidad física o jurídica y la inmoralidad en el objeto, son todas circunstancias cuya gravedad afecta al orden público administrativo.

En cambio, aunque éste no sea el criterio que prevalece en la doctrina [194], la falta de certeza e indeterminación configuran una nulidad relativa, susceptible de ser saneada por la Administración y los particulares (esto último en el supuesto de que el acto fuera bilateral) en razón de considerar que, en tales casos, no se resienten los principios del orden público administrativo.

189 CNac. Apel. en lo Cont. Adm. Fed., Sala IV, "Luchina v. Gobierno Nacional", LL, t. 1988-A, pág. 209, y la Sala I de dicho tribunal, *in re* "Junta Nacional de Granos" del 25-VI-1981 (cit. por MAIRAL, *op. cit.*, nota 45).

190 Véase: ED, nro. 9545, diario del 17-VII-1998, Suplemento de Derecho Administrativo, con nuestro comentario: "Una sentencia trascendente de la Corte que declara la nulidad de un decreto del Poder Ejecutivo".

191 En contra: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 227, quien considera que en tal caso la nulidad es relativa.

192 RIVERO, Jean, *op. cit.*, pág. 228 y sigs. Asimismo, es la terminología de la LNPA, que en su art. 14, inc. b) considera a la violación de la ley como causal de nulidad absoluta.

193 La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la realización de un acto prohibido por la ley configura una nulidad absoluta; véase *Fallos*, 304:899 y sigs., *in re* "Rodríguez Blanco de Senao".

194 DIEZ, Manuel María, *El Acto Administrativo*, pág. 46; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 529; GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, pág. 244 y sigs., quien según las circunstancias, se pronuncia por la nulidad o inexistencia del acto.

8. VICIOS DE FORMA

De acuerdo a la postura que se ha sostenido, al tratar lo relativo a la forma del acto, este elemento se integra no sólo con las formas de la declaración de voluntad sino también con las referentes al procedimiento de formación de dicha voluntad y con las formas de publicidad necesarias para que el acto administrativo pueda surtir efectos frente a terceros.

También se ha visto que el hecho de que la forma sea o no esencial tiene importancia para determinar la gravedad del vicio (y por ende, si la nulidad es absoluta o relativa) mientras otro criterio, que pugna por abrirse paso en el Derecho Administrativo, versa sobre la rigidez o flexibilidad de las formas, repercutiendo sobre el margen de apreciación que tendrá el órgano que controle o revise el acto en sede administrativa o judicial.

En principio, cuando un defecto formal produce una violación apreciable en el ordenamiento jurídico administrativo y su mantenimiento choca con el orden público, se está en presencia de un vicio sobre una forma esencial, sancionado con la nulidad absoluta del acto administrativo [195].

En cambio y cuando —por ejemplo— la norma exige taxativamente una forma determinada y el acto administrativo se ha emitido, pero bajo otra forma distinta, lo que se halla en juego por lo general es la rigidez de la forma violada que llevará a quien revise el acto a declarar inexorablemente la nulidad del acto y a aplicar la sanción establecida en la norma, o bien, la que corresponda según el carácter esencial o no, de la forma violada, pues no debe olvidarse que en Derecho Administrativo no rige la exigencia de texto expreso para declarar la invalidez del acto.

Las nociones expuestas, pueden aplicarse a los distintos aspectos que componen el elemento forma del acto administrativo, y así resulta:

A) Vicios relativos a las formas del proceso de integración de la voluntad administrativa

Se refieren a la serie de trámites y requisitos que deben cumplirse previamente a la declaración de la voluntad por parte del órgano ad-

195 La Corte Suprema ha compartido nuestro criterio en el caso registrado en *Fallos*, 306:1118, al señalar que la inobservancia de requisitos de forma impuestos por principios vinculados al orden público administrativo (garantía de los administrados) es causa de nulidad del acto emitido con tal defecto (argumento de los arts. 7° y 14 de la ley 19.549).

ministrativo. La jurisprudencia recoge innumerables casos donde se analizan los vicios en el proceso de integración de la voluntad.

En el supuesto de que se hubiere violado el derecho de defensa [196], no otorgando al administrado una razonable oportunidad de ejercitarlo, el acto resultante se hallará afectado de nulidad absoluta [197].

Por el contrario, si el defecto formal en el procedimiento es subsanable en un proceso judicial posterior se ha considerado que no se ocasiona afectación al derecho de defensa [198] y por ende, la nulidad se reputa relativa.

Como criterio general, si bien la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que la inobservancia de los procedimientos formales genera la nulidad absoluta del acto [199] los defectos de forma previos a la declaración producen la nulidad relativa del acto, salvo que la forma estuviera impuesta por consideraciones que hacen al orden público administrativo (ej.: moral, intereses superiores del Estado, etc.).

Dicha postura, aunque no expuesta en forma categórica, fluye de uno de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde el alto Tribunal expresó lo siguiente: "que si bien nuestro Código no ha hecho una enumeración o una caracterización precisa de

196 Cfr. GRAU, Armando E., "La razonabilidad en el procedimiento administrativo argentino", LL, t. 131, pág. 1559, con quien coincidimos en que se trata de un verdadero derecho constitucional (GORDILLO, Agustín A., *Procedimientos y Recursos Administrativos*, 2ª ed., pág. 72 y sigs., y LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las Leyes*, pág. 8 y sigs., 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1970). Ver también ALTAMIRA GIGENA, Julio I., "El derecho de defensa en sede administrativa", JA, t. III-67, pág. 34. La Corte Suprema ha resuelto *in re* "Oddone, Luis Alberto y otros c/ resolución nro. 236, 328 y 363 del Banco Central s/ recurso de apelación" que "la posibilidad de producir prueba de descargo constituye uno de los requisitos que integran el concepto de juicio en sentido constitucional, todo lo cual imponía la necesidad de que se asegurara a los recurrentes un adecuado proceso con la posibilidad de ejercer su derecho de defensa".

La CFed. Apel. Cont. Adm. Fed. también registra precedentes en este sentido. Así, fallo de la Sala IV del 24-XII-1985 en la causa "Binaghi, Jorge Ariel c/ E. Nac. y UBA s/ ordinario".

197 Conforme a la doctrina que ha sentado la Corte en numerosas oportunidades: *Fallos*, 239:54 y 142. CNac. Cont. Adm. Fed., 14-XI-1991, "Argecom SRL y Ortega SRL c/ BCRA s/ art. 5° de la ley 18.924".

198 Cfr. caso: "Músicos, Sindicato Argentino de s/ personería gremial", *Fallos*, 253:232-233, donde se sostuvo que "las omisiones observables en la tramitación administrativa pueden ser salvadas en la instancia judicial" (consid. 2°) y que "habiendo tenido audiencia en las instancias judiciales los recurrentes... el recurso extraordinario con fundamento en el art. 18 de la Const. Nac. no resulta atendible" (consid. 3°). Dicha doctrina aparece reiterada en fallos posteriores (*Fallos*, 258:299).

199 *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 74, pág. 391, aunque con otra terminología (nulidad).

las nulidades absolutas, en contraposición con las relativas, de su texto se desprende que, estando en este caso establecida la forma en salvaguardia o seguridad del leal manejo de los intereses del Estado, su violación tiene que causar necesariamente una nulidad absoluta" [200].

Por su parte, la LNPA prescribe que deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico. En tal sentido, considera "esencial" al dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos (art. 7°, inc. d], LNPA). Sin embargo, se ha considerado que el dictamen jurídico no es obligatorio cuando el acto administrativo posee naturaleza discrecional [201].

Resulta excesivo castigar dicho defecto formal (falta de dictamen jurídico) —en tanto no se demuestre la afectación o lesión de la garantía de la defensa— con la sanción de nulidad absoluta del respectivo acto administrativo emitido sin dictamen jurídico [202]. De ese modo, la forma dejaría de ser un requisito o elemento de naturaleza instrumental para convertirse en la esencia del acto, lo cual carece de sentido [203].

B) Defectos de la declaración

Si el defecto formal aparece en la declaración de voluntad del órgano administrativo: ¿cuál es la naturaleza o tipo de invalidez? Al respecto, se ha dicho que el criterio para determinar el grado de invalidez (absoluta o relativa) consiste en distinguir los supuestos en que

200 *Fallos*, 179:249. La Procuración ha establecido que la falta del dictamen obligatorio que previamente exige la legislación en algunos supuestos, hace que la decisión adoptada adolezca de nulidad absoluta. En el caso, el Fondo Nacional de las Artes había omitido el dictamen previo del Instituto Nacional Sanmartiniano exigido por el art. 15, 1ª parte, de la ley 15.538, al incluir una obra literaria en los beneficios del régimen de estímulo al libro argentino. Aquí no se trata de la defensa del patrimonio material, sino de que la promoción de las actividades literarias se realice sobre la base del respeto por los valores históricos y la protección de la memoria de nuestros principales próceres que el Estado tiene interés en tutelar.

201 Procuración del Tesoro de la Nación, expediente 81.757/76; Ford Motor Argentina, dictamen de fecha 2-III-1978. Allí se sostuvo, además, que el dictamen posterior a la emisión del acto administrativo tuvo la virtud de purgar el vicio de dicho acto administrativo.

202 La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido que un acto es válido aun cuando el dictamen se ha emitido con posterioridad a su dictado, pero antes de resolverse el recurso jerárquico: *in re* "Duperial SA c/ Gobierno Nacional", publicado en ED, t. 85, pág. 627.

203 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. I, pág. 428, Madrid, 1977.

las formas hayan sido omitidas de aquellos en que las formas se han respetado, pero de manera irregular o defectuosa [204].

En nuestra opinión, la gravedad del vicio se vincula con el carácter esencial o no que revista la forma en relación a las exigencias de orden público que la hubieran establecido. De lo contrario, habría que concluir que la omisión de la fecha en un acto administrativo [205] siempre ocasiona la nulidad absoluta del acto, conclusión que parece en extremo rigurosa habida cuenta de la posibilidad admitida por la doctrina de subsanar tal defecto de la declaración a través de la publicidad del acto [206].

Así, pueden señalarse como casos de nulidad absoluta, los siguientes defectos:

a) Falta de motivación, cuando ella fuera exigida expresa y concretamente por la norma [207] y se afecte el orden público [208].

b) Ausencia de firma en el acto administrativo que se pretende ratificar [209].

c) Inexistencia de forma escrita, cuando ella es requerida por la ley o la naturaleza del acto [210].

d) Falta de licitación pública, cuando la exigencia resulte de una norma legal o reglamentaria [211].

204 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 533.

205 Art. 8°, ley 19.549.

206 Cfr. GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 1ª ed., pág. 150, quien sostiene que "en tales casos se tendrá por fecha del acto aquella en que ha sido publicado o notificado".

207 En contra: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 534. La Corte Suprema ha interpretado que la exigencia de la motivación no implica sustentar un ritualismo excesivo y que no puede desvincularse de la amplitud de las facultades ejercidas por la Administración para remover a sus agentes (Cfr. *Fallos*, 311:1206, en el caso "Piaggio de Valero"). Asimismo, la jurisprudencia de la Sala III de la CNac. Cont. Adm. Fed. ha señalado que no se requiere una motivación explícita cuando la decisión no se aparte del dictamen precedente sino que lo apruebe (*in re* "Del Río Baltasar, Jorge c/ Estado Nacional s/ ordinario", de fecha 13-III-1986).

208 ESTRADA, Juan Ramón de, "La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular", LL, t. 1976-D, pág. 820 y sigs.

209 *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 99, pág. 115.

210 Ver también: *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 99, pág. 115, cuya doctrina puede sintetizarse en el no reconocimiento de actos administrativos verbales que dispongan "comisiones de servicios" o "asignación de funciones". La forma escrita es considerada esencial en los contratos administrativos. Véase BERÇAITZ, Miguel A., *Teoría General de los Contratos Administrativos*, pág. 226, Depalma, Buenos Aires, 1952.

211 La falta de licitación en tales casos, también traduce un vicio o defecto en el proceso de formación de la voluntad administrativa. Se trata de una causal de invalidez rígida. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha seguido el criterio indicado, véase: *Fallos*, 310:2278, *in re* "Stamei SRL c/ Universidad Nacional de Buenos Aires s/ ordinario".

C) Vicios relativos a la publicidad

La publicidad constituye un requisito esencial para que el acto administrativo cobre validez respecto de terceros. Hasta entonces, no habrá técnicamente acto administrativo, quedando el acto en la esfera de la actividad interna de la Administración cuando el acto fuera unilateral.

En los actos bilaterales, en cambio, si bien pueden existir exigencias en punto a publicación del acto [212] lo cierto es que la regla es la no publicidad del mismo, salvo que se afecten derechos de terceros, en cuyo caso la Administración tiene el deber de acudir a la forma de publicidad que corresponda [213].

La integración de la publicidad como un requisito formal [214] torna necesario averiguar cuál es el tipo de invalidez que afectará al acto administrativo a raíz de un vicio de esta índole. Al respecto, debe distinguirse: a) si el acto no ha sido objeto de publicidad, entendemos que sencillamente no tiene existencia respecto de terceros, por cuya razón no cabe hablar de defecto alguno; b) en cambio, si la publicidad ha sido efectuada pero en forma irregular, el defecto da lugar a una nulidad relativa, susceptible de ser saneada por la Administración, en base a que la corrección del vicio procura completar o corregir el conocimiento que el administrado tenga acerca del contenido de un acto y no puede sostenerse que tal conducta produzca una violación del orden público administrativo, que no agravia por sí misma la posición de los administrados en los intereses que persigue la acción administrativa.

9. LA DESVIACIÓN DEL PODER

El vicio que afecta la finalidad del acto administrativo ha recibido el nombre técnico de "desviación de poder". Tal denominación, que procede de la doctrina y jurisprudencia francesas [215], ha tenido una

212 Ej.: publicación de un contrato aprobado por decreto del Poder Ejecutivo.

213 Puede darse el supuesto de que un contrato contenga disposiciones de carácter general que deban ser objeto de publicación.

214 RIVERO, Jean, *op. cit.*, pág. 225. En Francia, en general, se considera que el vicio de forma puede ser subsanado por la Administración (LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, págs. 500-501).

215 BONNARD, Roger, *Précis*, pág. 228, Paris, 1935; LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, págs. 501-506; RIVERO, Jean, *op. cit.*, págs. 226-228; BENOIT, Francis P., *op. cit.*, pág. 544.

recepción universal, incorporándose al derecho positivo de distintos países [216].

El fin que el acto persigue configura un requisito que hace a la legalidad del acto y debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico. En principio, se aplica la regla de la especialidad que determina que los órganos o entes administrativos no pueden ir más allá de las normas que disponen sus atribuciones.

Sin embargo, la interpretación acerca de la finalidad de interés público que persigue el acto debe juzgarse con sentido dinámico y adecuarse a los fines sociales y económicos que presiden constantemente los grandes cambios en el Estado contemporáneo [217].

Ello no implica una crisis en cuanto a la "desviación de poder", sino una adaptación de la teoría al plano de la realidad que modifica el contenido del concepto, lo cual no es de extrañar, ya que las teorías e instituciones jurídicas se adaptan continuamente a la realidad [218].

En tal sentido, el fin debe enmarcarse en el ordenamiento jurídico dentro de una interpretación dinámica, realista y justa, llevada a cabo en el campo de la aplicación de la norma, la cual suele anteponerse en el tiempo al dictado de la legislación positiva, que recoge con mayor permanencia los distintos elementos del mundo jurídico real.

Se ha afirmado que la desviación de poder, cuya tardía aparición en el contencioso administrativo francés se explica por la necesidad de consolidar la autoridad del Consejo de Estado, tiene un carácter subsidiario [219], el cual se justifica por la naturaleza de las investigaciones que el juez debe realizar para determinar la traición al fin legal.

Esta postura no puede compartirse habida cuenta que no es imprescindible que el acto administrativo sea inobjetable en todos sus elementos para que proceda la investigación judicial acerca de la finalidad que el mismo persigue [220].

216 Una reseña muy completa de lo que acontece en el derecho comparado puede verse en la obra de Prat (*op. cit.*, pág. 269 y sigs.).

217 GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 72 y sigs. Sin embargo, el estatismo, que es la degeneración de la tendencia señalada, es tan pernicioso como librar al hombre a su propia suerte. En tal sentido, las intervenciones del Estado sólo serán justas si responden al principio de subsidiariedad.

218 La evolución de la propia teoría de la "desviación de poder" es la demostración más cabal de lo que afirmamos en el texto. Véase PRAT, Julio A., *op. cit.*, pág. 189 y sigs.

219 Cfr. PRAT, Julio A., *op. cit.*, pág. 214; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 542.

220 Como lo sostiene SAYAGUÉS LASO (*op. cit.*, t. I, págs. 456-457) citando un caso donde la Suprema Corte de la República Oriental del Uruguay se negó a analizar el móvil político que persiguió la destitución de un funcionario, en mérito a que bastaba para invalidar el acto con la demostración de que se había afectado la regla de la inamovilidad.

La tesis que propiciamos encuentra apoyo en una serie de argumentos: a) en primer término, porque no se comprende cuál es la razón por la cual se admite la investigación judicial acerca del fin del acto en un caso y no se la admite en otro; b) porque el carácter subsidiario responde a una interpretación efectuada en base a lo acontecido en Francia, que si bien resulta explicable por razones históricas, no puede aplicarse sin más a nuestro derecho; c) en mérito a las razones de moralidad y justicia que presiden toda la construcción de la teoría [221]; d) porque aun aceptando como valederos los argumentos fundados en la conveniencia de que el juez no analice los verdaderos motivos que llevaron al agente a emitir el acto, no puede desconocerse que, en nuestro sistema, el acto puede ser extinguido en sede administrativa por dicha causal, en cuyo caso desaparecen tales objeciones; y e) por último, de acuerdo a la clasificación de la nulidad según el grado de gravedad de la invalidez (absoluta o relativa) bien puede suceder que el acto adolezca de un vicio diferente, según el elemento que se considere afectado [222].

Ahora bien: ¿cuál es la naturaleza de la invalidez que entraña un acto con desviación de poder? Al respecto, participamos de la opinión de quienes consideran que en tal caso la sanción que corresponde es la nulidad absoluta del acto [223] en la inteligencia de que la traición al fin que el acto debe perseguir no puede ser saneada, so pena de controvertir principios fundamentales que integran el orden público administrativo (ética, legalidad y justicia).

La jurisprudencia de nuestros tribunales federales en lo contencioso-administrativo registra pocos casos donde se haya reconocido la configuración del vicio de desviación de poder para invalidar un acto administrativo [224].

221 HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif*, pág. 266, 12ª ed., cit. por PRAT (*op. cit.*, pág. 168); FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, t. I, pág. 343.

222 Por ejemplo, un acto con incompetencia en razón del grado (nulidad, en principio, relativa) afectado también del vicio de desviación de poder (nulidad absoluta).

223 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 542; DIEZ, Manuel M., *El Acto Administrativo*, pág. 126. Véase también el fallo dictado por la justicia civil en el caso "Jorge Antonio v. Municipalidad de la Capital" (LL, t. 40, pág. 614 y sigs.), donde se confunde el exceso de poder que produce la incompetencia con la desviación de la finalidad (especialmente pág. 616). La confusión proviene de que en el contencioso-administrativo francés, el recurso por exceso de poder era el género y la desviación de poder, uno de los medios de apertura. En cambio, la Sala Civil y Comercial de la Cámara Federal de la Capital emplea la denominación más correcta en nuestro ordenamiento jurídico y habla sólo de desviación de poder (LL, t. 141, pág. 418, *in fine*).

224 *In re* "Pastorino, Juan Alberto c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/ amparo ley 16.986", Sala III de la Capital Federal, causa nro. 26.753/75 de fecha 10-X-1995. En

Pero esa situación no se mantuvo estática y a comienzos de 1998 la Corte Suprema resolvió un caso [225] de singular trascendencia en el cual hizo aplicación del precepto contenido en el inc. f) del art. 7° de la LNPA y de la consecuente irregularidad (nulidad absoluta) que engendra el vicio de desviación de poder.

La parte medular de ese fallo (expuesta en los considerandos 8°, 9° y 10) sienta el principio según el cual en una contratación administrativa (en el supuesto se trataba del transporte de valijas postales con documentación confidencial y, como consecuencia de la aplicabilidad de la LNPA, la competencia para determinar el precio de las contrataciones debe ejercerse conforme a la finalidad a la cual fue atribuida que es la de contratar al precio más conveniente y razonable.

Esos recaudos no se cumplieron porque habiendo solicitado la empresa la recomposición del precio contractual en 65%, con fundamento en la insuficiencia de la cláusula de reajuste prevista en el contrato, desistió de su pretensión originaria y obtuvo una prórroga del contrato con otro precio básico que significó un aumento del 858% (cfr. considerando 1°).

La Corte, en definitiva, consideró que se encontraba afectado el elemento finalidad prescripto para los actos administrativos por la LNPA y que ese vicio (desviación de poder) implicaba un acto irregular que permitía que la Administración solicitase la declaración judicial de su nulidad, aun por vía de reconvención.

10. INVALIDEZ DE CLÁUSULAS ACCESORIAS

La aplicación del sistema de la invalidez a los elementos del acto, se completa con el estudio de los vicios o defectos que hacen al

---

el caso se trató de una acción de amparo promovida por el actor contra una resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que dispuso colocarlo en situación de jubilarse pese a haber sido designado el año anterior, previa selección, en la Dirección Nacional de Relaciones del Trabajo. Mientras en primera instancia la juez reconoció expresamente la existencia de desviación de poder para hacer lugar al amparo, la Cámara, aunque parece descartarlo por la falta de prueba, arriba a la conclusión (que compartimos) que la norma aplicable al caso (art. 51 del dec. 1669/93) impide extender la aplicación de las causales de remoción previstas en el art. 49 del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública cuando "la extinción de la relación de empleo público por reunir el agente las condiciones para jubilarse contradice la exégesis y *finalidad* de aquella norma".

225 "SA Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia del Estado", de fecha 17-II-1998, publicado en ED, t. 177, pág. 749 y sigs., con nota de Julio Rodolfo Comadira titulada "La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento".

contenido eventual del acto administrativo, es decir, aquellas cláusulas del acto que se conocen con el nombre de "accesorias" y que, en principio, son la condición, el modo y el término.

Por una derivación del principio de la accesoriedad, el defecto o vicio que afecte una cláusula de este tipo no invalida, en principio, la totalidad del acto [226] produciendo tan sólo su nulidad parcial.

Para que se opere la invalidez parcial de la cláusula accesoria y proceda contemporáneamente la reducibilidad del acto a sus elementos esenciales válidos, tanto la doctrina como la legislación comparada y vernácula han establecido dos requisitos fundamentales: a) la independencia o separabilidad de la cláusula accesoria de los restantes elementos del acto y b) que no constituya la esencia del acto o razón principal que hubiera llevado a la Administración a dictarlo [227].

Sin embargo, hay autores que sostienen la inexistencia del principio que hemos explicitado en materia de actos discrecionales [228], salvo que la cláusula no constituya la razón principal que motiva el dictado del acto [229].

Sin embargo, no parece que puedan darse en la práctica supuestos tan definidos y categóricos como actos totalmente reglados o totalmente discrecionales y si bien a nivel teórico tal posibilidad ha existido, en el estado de derecho, donde la Administración debe sujetarse a reglas preestablecidas, ello no puede acontecer. A lo sumo podría hablarse de actos parcialmente reglados y parcialmente discrecionales.

226 En contra: STASSINOPOULOS, Michel, *Traité des Actes Administratifs*, pág. 94, Athènes, 1954.

227 Ver: LUCIFREDI, Roberto, *op. cit.*, pág. 94; ENTRENA CUESTA, Rafael, *op. cit.*, pág. 485, quien funda su punto de vista en el principio de conservación de los valores jurídicos. Por su parte, en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España se prescribe lo siguiente: "La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado" (art. 64.2). Con un alcance más restringido (sólo respecto a las cláusulas accesorias) nuestra LNPA estatuye que "la invalidez de una cláusula accidental o accesoria de un acto administrativo no importará la nulidad de éste, siempre que fuere separable y no afectare la esencia del acto emitido" (art. 16, LNPA).

228 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 364-365, critica la postura de Lucifredi y arriba a la solución que indicamos en el texto. Lucifredi sostenía que la invalidez de la cláusula accesoria establecida a favor del particular o administrado no vicia el acto, a contrario de la cláusula accidental puesta en beneficio de la Administración.

229 Tal como opina GARRIDO FALLA; sin embargo, cabe advertir que este autor es partidario de la tesis contraria, es decir, de que, en principio, la invalidez de la cláusula accesoria no repercute sobre el acto principal (*op. cit.*, t. I, pág. 483).

En segundo término, el principio de la accesoriedad que se ha señalado precedentemente unido al de la conservación de los valores jurídicos [230], conducen a la conclusión de que, en principio, y salvo los casos de excepción que han señalado, la invalidez de la cláusula accidental no tiene influencia sobre el acto administrativo principal que permanece válido.

¿Cuál es el tipo de invalidez del vicio que afecta la cláusula accidental? Dado que tales cláusulas forman parte del contenido del acto administrativo, se aplican, por lógica consecuencia, los criterios que se han establecido al tratar los defectos susceptibles de invalidar el objeto [231].

Finalmente, la teoría de la invalidez parcial resulta de muy difícil, aplicación en materia contractual, pues al haberse expresado el acuerdo de voluntades con respecto a todo el contenido del contrato, no puede escindirse del mismo una cláusula, que es una parte de algo que ha sido recíprocamente acordado en su totalidad, sin afectar lo querido realmente por los contratantes.

230 ENTRENA CUESTA, Rafael, *op. cit.*, pág. 485.
231 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 547.

CAPÍTULO V

SANEAMIENTO O CONVALIDACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

1. Concepto, trascendencia y terminología existentes. Aplicabilidad genérica de las nociones del Derecho Privado.
2. La ratificación: carácter y efectos. Forma del acto de ratificación.
3. La confirmación. Diferencias con la ratificación. Críticas al concepto: su refutación. Naturaleza y efectos.
4. Acerca de si la confirmación puede operarse a través de la prescripción del acto.
5. La conversión como medio de saneamiento:
   A) La conversión legal.
   B) La conversión como acto bilateral.
6. Su fundamento. Tipo de invalidez objeto de la conversión.
7. Doctrina que considera a la conservación una especie de saneamiento. Crítica. La invalidez parcial del acto.

CAPÍTULO V

SANEAMIENTO O CONVALIDACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. CONCEPTO, TRASCENDENCIA Y TERMINOLOGÍAS EXISTENTES. APLICABILIDAD GENÉRICA DE LAS NOCIONES DEL DERECHO PRIVADO

Cuando el defecto del acto administrativo da lugar a la sanción, en principio, de nulidad relativa, la Administración posee la facultad de subsanar el vicio que lo invalida, cuya causal puede provenir tanto de un comportamiento activo como de una omisión formal o de fondo respecto de uno o más elementos del acto administrativo. La subsanación del defecto que portaba el acto y su correlativa validez es lo que se designa generalmente en doctrina bajo el nombre de saneamiento [1] o convalidación [2].

La teoría del saneamiento —escasamente difundida en algunos países como Francia [3]— posee una importancia decisiva en el Estado

1 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 644, término que también utilizan algunos autores italianos modernos: SANDULLI, Aldo M., *op. cit.*, págs. 421-422. En nuestro país, la LNPA emplea en su art. 19 dicha terminología.

2 GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, págs. 522-523; FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, t. I, pág. 390 y sigs.; ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, págs. 340-341; ZANOBINI, Guido, *op.* cit., t. I, pág. 419; LANDI, Guido - POTENZA, Giuseppe, *op. cit.*, págs. 286-290; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. I, pág. 433 y sigs., Madrid, 1977.

3 A quien se adentre en el estudio del saneamiento, debe llamarle la atención el hecho de que en Francia la doctrina no se ocupe del tema o lo haga sólo incidentalmente (ej.: WALINE, Marcel, *op. cit.*, pág. 448, refiriéndose a la posibilidad de ratificar los actos afectados de nulidad relativa). Para nosotros, tal tesitura obedece a un defecto técnico-metodológico, que lleva inconscientemente a toda la doctrina gala a abordar el tema de los vicios, dentro de los recursos contencioso-administrativos, y como ésta, muchas otras cuestiones fundamentales de la teoría general del acto administrativo.

contemporáneo, dadas las tendencias actuales que conducen hacia la estabilidad, seguridad y certeza de todas las relaciones jurídicas como un instrumento de solución a los constantes conflictos que se generan entre la Administración y los particulares o administrados.

En esta materia, a las dificultades metodológicas propias de cualquier institución de nuestra disciplina se añade la tendencia a cortar definitivamente los lazos con el derecho común, sin reparar, por cierto, que la unidad del ordenamiento se resiente como consecuencia del hecho de que en los actos en que participe el particular o administrado, regirán normas privadas en muchos aspectos (ej.: capacidad para celebrar el acto administrativo bilateral).

Ello nos demuestra entonces que el planteo básico en que deben desenvolverse las relaciones entre el Derecho Público y el Derecho Privado no se resuelve con la primacía de un sistema sobre otro, ni con la aplicación subsidiaria y literal de la norma privada a la relación administrativa. Antes bien, por lo común, la aplicación de normas del Código Civil al Derecho Administrativo, no se hace llenando el vacío mediante la aplicación directa de la norma (subsidiariedad) sino a través de la adaptación e integración con los principios y normas del Derecho Administrativo (analogía) [4].

En consecuencia, en materia de saneamiento o convalidación cuando hubiera carencia normativa se aplican las normas y principios incorporados al Código Civil, realizando las adaptaciones que impone el Derecho Administrativo por su peculiar naturaleza [5].

Las especies de que se compone el género saneamiento o convalidación son tradicionalmente la ratificación, confirmación [6] y la conversión [7]. No aceptamos, en cambio, la posición de un sector de la doctrina italiana [8] que utiliza la figura de la conservación como otro medio típico de saneamiento o convalidación.

4 En contra: VILLAR PALASI, José L., *Curso de derecho administrativo*, t. I, pág. 449, Madrid, 1972. En particular, respecto a la convalidación, FIORINI se pronuncia contrario a la aplicación de las normas privatísticas (*op. cit.*, t. I, pág. 396, *in fine*).

5 La opinión que sustentamos en el texto ha sido expuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de nulidades (caso "Los Lagos", *Fallos*, 190:142 y sigs.).

6 Reconocidas por la generalidad de la doctrina vernácula: BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. II, pág. 116 y sigs.; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 646 y sigs.

7 FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, t. I, pág. 391 y sigs.; ALTAMIRA GIGENA, Pedro I., *Curso de Derecho Administrativo*, pág. 431, Buenos Aires, Depalma, 1971; también en la ley 19.549, art. 19.

8 Cfr. ZANOBINI, Guido, *op. cit.*, t. I, pág. 421.

2. LA RATIFICACIÓN: CARÁCTER Y EFECTOS. FORMA DEL ACTO DE RATIFICACIÓN

El acto administrativo viciado de incompetencia en razón del grado [9], puede ser ratificado por el órgano superior siempre que sean admisibles, en tal supuesto, la avocación y la delegación. Ello es lógico, por una parte, puesto que la entidad de los defectos de incompetencia en razón de la materia y del territorio (nulidad absoluta) torna imposible el saneamiento. Por tal causa, incurren en contradicción aquellos autores, que habiendo sostenido que la incompetencia *ratione materie* implicaba siempre la no convalidación del acto [10], terminan aceptando el criterio que en una oportunidad la Corte sostuvo sobre la procedencia de la ratificación legislativa [11].

Por otra parte, también resulta comprensible la exigencia respecto de la procedencia de la avocación y delegación para que el órgano superior pueda revocar el acto, ya que, en caso contrario, si la avocación no fuere procedente, el acto pertenecería a la competencia exclusiva del inferior (caso que puede presentarse en aquellos supuestos en que la competencia estuviere atribuida en función de una idoneidad especial), mientras que si la delegación no fuere admisible, la competencia correspondería exclusivamente al superior [12].

La ratificación, que siempre es un acto unilateral [13], tiene efectos retroactivos [14] y aunque se haya sostenido que el acto que la dis-

9 CRETELLA JUNIOR, José, *Curso de Direito Administrativo*, pág. 358, Rio de Janeiro, 1974; este autor la define como el acto administrativo por el cual la autoridad competente suple el requisito faltante o sanea el vicio de otro acto anterior, considerándolo íntegro desde su origen.

10 BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. II, págs. 149-150. En la doctrina italiana, no suele aceptarse la incompetencia en razón del grado como la única posibilidad de ratificar el acto ya sea porque tiene un concepto más amplio de ratificación (ZANOBINI, Guido, *op. cit.*, t. I, pág. 419) o porque se refieran genéricamente a la incompetencia (FOLIGNO, Darío, *op. cit.*, pág. 200).

11 BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. II, pág. 117, donde citando en su apoyo un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos*, 117:304) sostiene lo siguiente: "La adjudicación de una obra por el Poder Ejecutivo de una provincia será válida, aun cuando hubiere traspasado los límites acordados por la legislatura local, siempre que ésta, con posterioridad, haya sancionado partidas en el presupuesto con destino al pago de los trabajos efectuados, teniendo en su poder y a la vista los antecedentes respectivos".

12 Los principios que exponemos en el texto están actualmente reconocidos en el art. 19, inc. a) de la LNPA, cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 647.

13 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, pág. 463.

14 LNPA, art. 19, *in fine*, Gordillo sostiene que es otra demostración de las profundas diferencias entre el acto administrativo y el reglamento (donde la regla es la irretroactividad) posición que compartimos (cfr. GORDILLO, Agustín A., "Acto, reglamento y contra-

ponga no tiene prescripta una forma especial [15] es evidente que la misma forma debe ser compatible con la del acto ratificado (así, por ejemplo, no se podría ratificar una adjudicación efectuada por un órgano inferior incompetente con una declaración verbal del órgano superior).

Ello no obsta, a que pueda aceptarse la posibilidad de que exista una ratificación tácita del acto, que surja de una conducta inequívoca del superior, expresada por actos o hechos materiales que denoten la exteriorización de la voluntad de ratificar el acto administrativo defectuoso, siempre que sean compatibles con la forma del acto objeto de la ratificación.

3. LA CONFIRMACIÓN. DIFERENCIAS CON LA RATIFICACIÓN. CRÍTICAS AL CONCEPTO: SU REFUTACIÓN. NATURALEZA Y EFECTOS

Por confirmación del acto se entiende aquella especie de saneamiento por la cual la Administración o el administrado (en el acto administrativo bilateral, por ejemplo) proceden a subsanar el vicio que lo afecta [16].

De acuerdo a la amplitud del concepto de confirmación se trata de la especie más importante de saneamiento o convalidación del acto administrativo, y hasta casi podría sostenerse, en el plano teórico y metodológico, que ella abarca las otras especies de saneamiento. Sin embargo, bueno es recordar que las otras especies se han impuesto como una necesidad de señalar ciertas características que las tipifican, aunque desde luego nada impide, en el orden lógico, considerar que la ratificación sea una especie particularizada de confirmación, ya que la principal diferencia existente entre ambos institutos es que la confirmación puede efectuarla cualquier órgano, sea superior o inferior, mientras que la ratificación debe ser realizada sólo por el órgano superior con competencia para dictar el acto.

Si se toma en cambio la confirmación, como una especie de saneamiento del mismo rango que la ratificación [17] sólo cabe explicar

---

to administrativo en la ley 19.549", RADA, nro. 3, pág. 19). Véase el fallo de la Sala III, CNac. Apel Fed. Cont. Adm., del 14 de octubre de 1986, *in re* "Zaratiegui Horacio c/ E. Nac. (Ministerio de Defensa) s/ nulidad de decreto".

15 BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. II, pág. 117.

16 LNPA, art. 19, inc. b).

17 MARIENHOFF Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 648 y sigs.; FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, t. I, pág. 396, que la considera una especie del género convalidación, sosteniendo que se aplica un régimen jurídico distinto al que rige en el derecho privado.

su significación en base a una noción residual, es decir, el medio de subsanación del acto que abarca las situaciones que no pueden subsanarse a través de los medios más específicos (ratificación y conversión).

Hay que señalar también que la utilización de este medio de saneamiento del acto administrativo en nuestra disciplina ha sido objeto de críticas. Al respecto se ha sostenido: 1°) que la confirmación es un acto de la persona que puede demandar la nulidad, por el cual se renuncia a invocarla. Ella es inaplicable en Derecho Administrativo, por cuanto "si la confirmación depende de la parte 'damnificada' por la ilegitimidad del acto, mal puede pensarse que sea la propia Administración la que pueda 'confirmar' un acto suyo viciado, ya que no es ella la 'damnificada' directamente por él" [18], y 2°) que entonces, solamente el particular o administrado estaría en condiciones de revocar el acto administrativo, "pero como las nulidades administrativas no sólo se dan en el interés de las partes sino también en el interés público, resultaría que la Administración tendría, de todos modos, la posibilidad de extinguir o pedir judicialmente la extinción del acto (salvo la doble limitación de la cosa juzgada administrativa y de la prescripción de la acción), si él está viciado, a pesar de que el damnificado haya renunciado a oponer el vicio" [19].

Sin embargo, nos parece que nada impide en Derecho Administrativo aceptar la figura de la confirmación como medio de saneamiento, con las adaptaciones propias que la incorporación de la institución exige en el Derecho Público. Las razones que se han esgrimido en contra podemos refutarlas con los argumentos siguientes: 1°) la renuncia a invocar la nulidad no es el objeto del acto sino su consecuencia de acuerdo al concepto que brinda el Código Civil [20]; 2°) la afirmación de que la Administración no es la "damnificada" directamente por el acto no rige en materia contractual, ni tampoco para ciertos actos unilaterales que le irroguen un perjuicio económico (ej.: otorgamiento de un haber jubilatorio mayor que el que le corresponde al agente); 3°) porque si la Administración puede obtener la extinción del acto (inclusive de los actos unilaterales) y alegar su propia torpe-

18 GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 2ª ed., pág. 392, apoyándose en un precedente de la Corte (caso "Schmidt", *Fallos*, 179:179 y sigs.).

19 GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 2ª ed., págs. 392-393.

20 Art. 1059 del Cód. Civ.: "La confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad". Ver también: BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, t. II, pág. 361, 1955; LLAMBÍAS, Jorge J., *op. cit.*, t. II, pág. 633.

za, tanto en sede administrativa como en la judicial, cabe reconocerle la posibilidad de que también pueda subsanar el vicio [21].

En cuanto a la naturaleza del acto de confirmación (acto unilateral), su forma y efectos (que siempre son retroactivos), rigen las mismas reglas aplicables a la ratificación en virtud de las similitudes existentes entre ambas especies de saneamiento que conducen a señalar que, salvo la distinción apuntada (en cuanto a la autoridad que decreta la ratificación y la confirmación, respectivamente), ostentan el mismo régimen jurídico [22].

4. ACERCA DE SI LA CONFIRMACIÓN PUEDE OPERARSE A TRAVÉS DE LA PRESCRIPCIÓN DEL ACTO

En doctrina se sostiene —siguiendo la jurisprudencia sentada por la Corte [23]— que la prescripción de la acción produce los efectos de una confirmación tácita [24].

A nuestro juicio, tal postura y otras que trasuntan el reconocimiento de la prescripción como un medio autónomo de saneamiento o convalidación [25] han sido refutadas por la doctrina ya que no es necesario "hablar de categoría jurídica alguna para los casos de prescripción de la acción o caducidad del término de impugnación del acto" puesto que no se dicta acto alguno (ni siquiera tácito) que traduzca la voluntad de la Administración de subsanar el vicio, sino que lo que ocurre, es que el acto ya no resulta oponible "bajo ciertas circunstancias" [26].

21 Es la tesis que en definitiva adopta Gordillo si bien bajo la denominación de "saneamiento" (*op. cit.*, 2ª ed., págs. 388-390).

22 OLIVERA FRANCO SOBRINHO, Manoel de, *op. cit.*, pág. 286.

23 En el caso "S. A. Empresa Constructora Schmidt c/ Provincia de Mendoza s/ cobro de pesos", *Fallos*, 179:279 y sigs., donde el alto Tribunal sostuvo que en virtud de la correlación existente entre una y otra institución "quien deja correr el tiempo sin iniciar la acción de nulidad de un acto, se presume que tiene la voluntad de sanearlo. De ahí se deduce que los actos confirmables son los prescriptibles".

24 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 650-651, si bien su tesitura aparece atemperada al expresar que en tales casos la Administración debe conocer la existencia del vicio, para deducir de su inacción en el tiempo, la voluntad presunta de confirmarlo.

25 Tal como lo sostiene FIORINI (*op. cit.*, t. I, pág. 391 y sigs.).

26 Cfr. GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 2ª ed., pág. 393, agregando que: "Aun así, si un particular deja transcurrir el término de prescripción de un acto, y lo ataca tardíamente, la administración puede perfectamente hacer lugar al recurso o denuncia de ilegitimidad, aunque haya prescripto la acción: la estabilidad del acto, en efecto, no juega en contra, sino a favor del interesado". Cfr. HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1985, pág. 422.

Nos parece que no puede hablarse en tal caso de confirmación tácita, porque ella presupone siempre la existencia del pertinente "acto administrativo" del cual se puede deducir la voluntad de la Administración de confirmar el acto [27].

5. LA CONVERSIÓN COMO MEDIO DE SANEAMIENTO

Otro de los institutos que hacen posible subsanar la invalidez de un acto administrativo es la conversión, que consiste en el dictado de un nuevo acto administrativo a través del cual se declara la voluntad de aprovechar los elementos válidos que contenía el acto viciado [28], integrándolos en otro acto distinto y extinguiendo los elementos y cláusulas afectados de invalidez (absoluta o relativa).

Esta figura que aparece originariamente en el campo del Derecho Privado [29] no tarda en extenderse al Derecho Administrativo, donde si bien produce una fisura del principio que consagra la imposibilidad de subsanar un acto afectado de una invalidez erigida en protección del orden público administrativo, tal como es la nulidad absoluta, no ocasiona la quiebra del sistema en virtud de que la transformación del acto se hace aprovechando sólo los elementos válidos del mismo y sin violentar el orden público administrativo, importando siempre un carácter excepcional desde el punto de vista de la realidad, ya que no son muchas las situaciones en que se puede apelar a la conversión en la práctica administrativa.

La conversión constituye un medio autónomo y específico de saneamiento o convalidación [30] y la mayoría de los autores implícitamente así lo consideran al ubicar su estudio al lado de la ratificación y confirmación [31].

27 El art. 1063 del Cód. Civ. preceptúa al respecto: "La confirmación tácita es la que resulta de la ejecución voluntaria, total o parcial, del acto sujeto a una acción de nulidad", criterio que consideramos aplicable al derecho administrativo. LLAMBÍAS, Jorge J., *op. cit.*, t. II, págs. 635-636.

28 Cfr. OLIVERA FRANCO SOBRINHO, Manoel de, *op. cit.*, pág. 288.

29 SPOTA, Alberto G., *op. cit.*, t. I, vol. 8, "Hechos y actos jurídicos", pág. 753 y sigs., quien se refiere a la conversión como un acto por el cual se recompone la voluntad presunta de las partes, "siempre que el acto satisfaga las exigencias de otro negocio jurídico", en función del resultado económico que se persigue. Es evidente pues, que Spota es partidario de la conversión legal y automática del acto, en el mismo sentido que las legislaciones alemana e italiana (art. 140, Cód. Civ. alemán y art. 1424 del Cód. Civ. italiano).

30 FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, t. II, pág. 394.

31 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 392 y sigs., la aborda junto a la confirmación (a la que denomina "convalidación"); MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 651 y sigs., especialmente en pág. 652, donde se manifiesta contrario a considerar la conversión como

Desde luego que la conversión responde a un tipo específico netamente diferenciado de la ratificación y la confirmación, puesto que mientras en estos últimos supuestos los elementos del acto continúan subsistentes luego del saneamiento, que en tales casos es retroactivo, en la conversión se opera la transformación del acto con efectos para el futuro, dejando sólo subsistentes los elementos válidos. El aprovechamiento de los elementos válidos del acto administrativo, objeto de la conversión, permite utilizar los actos y procedimientos previos a la declaración de voluntad del órgano estatal.

Ahora bien, a los efectos de determinar la procedencia de la conversión como medio de saneamiento del acto administrativo deben deslindarse previamente dos modalidades que presenta la institución: a) conversión legal y b) conversión como acto bilateral.

A) Conversión legal

Se produce sin intervención de la voluntad de quienes han emitido el acto administrativo, por expresa disposición de la ley. Es lo que acontece en Alemania, donde el art. 140 de su Código Civil prescribe que en el supuesto que un acto jurídico nulo no satisfaga las condiciones de otro acto jurídico, valdrá en calidad de este último, siempre que pueda admitirse que, de haberse conocido la nulidad del primero, las partes hubieran querido la validez del mismo [32].

También, en España, la Ley de Procedimiento Administrativo estatuye que: "Los actos nulos que, sin embargo, contengan los elementos de otro acto distinto producirán los efectos de éste" [33].

Entre nosotros, y sin entrar a profundizar las críticas que plantea el sistema de la conversión legal [34] no existe en nuestro derecho

---

un medio de saneamiento, sosteniendo que lo que acontece es el dictado de un nuevo acto, el reemplazo de una situación por otra. Nosotros entendemos, en cambio, que hay en realidad transformación del acto, que si bien genera una situación distinta, ello ocurre a través de la subsistencia de los elementos válidos del acto transformado. Un ejemplo que menciona la casi totalidad de la doctrina es la designación de profesor ordinario sin concurso (cuando la norma lo exija) que puede convertirse en una designación interina a través de la transformación del acto administrativo.

32 SPOTA, Alberto G., *op. cit.*, t. I, vol. 8, pág. 754.

33 Art. 51. Véase "Procedimiento Administrativo", pág. 53, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1970.

34 Al respecto, MARIENHOFF considera que se trata de un instituto irrazonable y arbitrario (*op. cit.*, t. II, pág. 656), postura que compartimos, ya que resulta "arbitrario como principio general atribuirle presuntivamente a las partes interesadas su conformidad para aceptar una situación jurídica en lugar de otra, ello aun en el supuesto de que, desde el punto de vista económico, las situaciones sean iguales o aparentemente iguales. Aun

positivo ninguna norma que en forma expresa la autorice genéricamente [35], sin perjuicio de los supuestos particulares que excepcionalmente admite el Código Civil (ej.: art. 2502, 2ª parte) lo cual demuestra que el principio es su no procedencia, salvo texto que la consagre en forma expresa.

B) La conversión como acto bilateral

También llamada "conversión voluntaria", es el único tipo de conversión que consideramos pertinente en nuestro derecho. Ponemos el acento en señalar que el acto es bilateral, para significar fundamentalmente dos cosas: 1°) Que para que ella se configure se necesita siempre el asentimiento del destinatario (particular o administrado) del acto administrativo [36]. 2°) Que su fundamentación se apoya en distintas razones según se la analice desde el ángulo de la Administración o del particular o administrado, como seguidamente veremos.

6. SU FUNDAMENTO. TIPO DE INVALIDEZ OBJETO DE LA CONVERSIÓN

Desde el plano de la persona pública Estado, la conversión constituye una facultad que puede o no ejercer la Administración en función al interés público que puede ser de distinta naturaleza (cultural, histórico, económico, social, etc.). Así, se ha dicho que la conversión halla su justificativo en la protección de inmediatos intereses públicos, opinión que en el fondo concuerda con la que sostenemos, aunque nos parece que el rasgo de inmediatez si bien es propio de la actividad administrativa, no lo es respecto del interés público que puede tener un fin mediato (Ej.: preservación del ambiente para las generaciones futuras) [37].

---

en estos casos, las respectivas situaciones jurídicas pueden ser distintas en su contenido y en sus efectos".

35 No obstante lo cual hay autores como Spota que la consideran como un principio general, en una postura absurda e ilógica, ya que para construir la regla se apoya en los supuestos que expresa y excepcionalmente reconoce el Código Civil (*op. cit.*, t. I, vol. 8, pág. 756, *in fine*).

36 Cfr. LNPA, art. 20, que prescribe: "Si los elementos válidos de un acto administrativo nulo permitieran integrar otro que fuere válido, podrá efectuarse su conversión en éste, consintiéndolo el administrado".

37 FIORINI, Bartolomé A, *op. cit.*, pág. 395. Tampoco estamos de acuerdo con fundamentar la conversión en razones de urgencia ni en la exclusión de daños irreparables, puesto que, no obstante la falta de urgencia o inexistencia de daños irreparables, la Administración se halla facultada para convertir el acto por razones de interés público, que deberá motivar en cada caso.

La conversión también puede disponerse a pedido del administrado con fundamento en la afectación que, a los derechos del particular, provoca la subsistencia de la nulidad absoluta.

En nuestro ordenamiento también pueden ser objeto de conversión los actos de nulidad relativa ya que no existen razones que justifiquen un apartamiento del principio general que rige la convalidación o saneamiento, por cuyo mérito, todo acto portador de una nulidad relativa puede ser subsanado. Lo que ocurre es que las posibilidades prácticas de la confirmación son mucho mayores que las de la conversión en mérito al carácter retroactivo que aquélla posee [38].

7. DOCTRINA QUE CONSIDERA A LA CONSERVACIÓN UNA ESPECIE DE SANEAMIENTO. CRÍTICA. LA INVALIDEZ PARCIAL DEL ACTO

En Italia, un sector de la doctrina erige a la "conservación" como un medio específico de saneamiento o convalidación del acto administrativo. Al respecto, se ha sostenido que ella "presupone que el defecto del acto no hiere a todas sus partes, sino solamente a algunas, y que éstas no tengan carácter de preeminencia con respecto a las otras, de manera que su invalidez pueda no involucrar a estas últimas" [39]. Como caso típico de conservación, la doctrina suele indicar el acto administrativo por el cual se designan varios empleados, que resulta inválido respecto de algunos, por la carencia de requisitos de tipo personal, sosteniendo que en tal supuesto nada impide que la Administración resuelva mantenerlo firme en lo que respecta a quienes cumplan las condiciones inherentes a su persona [40].

No compartimos tal postura. En primer lugar, observamos que no hay en la mentada "conservación" acto alguno por el cual se subsanen o purguen los vicios o defectos del acto, que incluso puede ser tácita y que se mantiene inalterable, es decir, sin necesidad de apelar a la transformación o conversión del acto administrativo. En rigor, lo que realmente ocurre en todos los casos, es que la parte separable del acto continúa siendo válida por aplicación de los principios que rigen la invalidez parcial, acogidos expresamente, por otra parte, en nuestro derecho positivo.

38 En España, la actual Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común del año 1992 prevé la conversión de los actos nulos y anulables.

39 ZANOBINI, Guido, *op. cit.*, t. I, pág. 421; RANELLETTI, Oreste, *op. cit.*, pág. 109 y sigs.

40 ZANOBINI, Guido, *op. cit.*, pág. 421.

No hay necesidad entonces de dictar ningún acto declarando la validez de la parte separable, que resulta válida y exigible por los destinatarios del acto o la Administración Pública.

Esta respuesta al problema que plantea la invalidez parcial del acto administrativo encuentra su confirmación en nuestro derecho positivo, donde el art. 1039 del Cód. Civ. dispone que "la nulidad parcial de una disposición en el acto no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables".

Dicho criterio, que inspira la solución acerca de la invalidez de las denominadas cláusulas accidentales, tiene sin embargo, una mayor amplitud y resulta aplicable al Derecho Administrativo en aquellos supuestos en que fuere posible separar una parte del acto sin afectar su esencia y procede cualquiera fuere el tipo de su validez: absoluta o relativa, manifiesta y no manifiesta. Con todo, señalamos que, tal como acontece en el Derecho Civil, la invalidez de una parte suele acarrear consigo la de todo el acto, especialmente en materia contractual, donde cada cláusula constituye una de las condiciones acordadas en base a una concesión recíproca de intereses. En tal sentido, se han sentado una serie de reglas tendientes a aminorar las consecuencias de la invalidez de una cláusula contractual, y así se ha propiciado que no se ocasiona la invalidez total del contrato en ciertas situaciones tales como: a) cuando del conjunto del acto surja incuestionablemente que sin esa cláusula el acto se hubiera cumplido; y b) cuando la parte afectada resuelva mantener la validez de las restantes partes del contrato [41].

41 Soluciones que propugnan el Anteproyecto de Reformas al Cód. Civ. del doctor Bibiloni (art. 382) y el Proyecto de Reformas del año 1936 (art. 211); ver también, art. 139 del Cód. Civ. alemán.

CAPÍTULO VI

CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO RELACIONADOS CON SU VALIDEZ. EJECUCIÓN Y EFECTOS

SUMARIO

1. Enfoque liminar sobre los caracteres del acto administrativo.
2. Origen histórico y sentido actual de las prerrogativas estatales.
3. La presunción de legitimidad, noción y fundamentos.
4. Alcances del principio.
5. El principio de la ejecutoriedad. Concepto y fundamento.
6. Continuación. Principales terminologías y nociones existentes en la doctrina comparada.
7. Amplitud de la noción de ejecutoriedad: el uso de la coacción no constituye la única especie.
8. La llamada ejecutoriedad impropia. Crítica.
9. Límites al principio.
10. La suspensión del acto en sede administrativa.
11. Sistema de la LNPA en materia de ejecutoriedad y suspensión del acto en sede administrativa. Crítica.
12. Continuación. La ejecutoriedad y el problema de la interrupción de los plazos de la LNPA
13. La suspensión del acto administrativo dispuesta en sede judicial.
14. La ejecutividad del acto administrativo.
15. El acto administrativo y su condición instrumental.
16. Retroactividad del acto administrativo. Casos en que se admite.

CAPÍTULO VI

CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO RELACIONADOS CON SU VALIDEZ. EJECUCIÓN Y EFECTOS

1. ENFOQUE LIMINAR SOBRE LOS CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El análisis del régimen jurídico del acto administrativo no puede divorciarse de los aspectos que hacen a su operatividad, los cuales se concretan en las características particulares que el acto traduce con respecto a su validez, ejecución y efectos, cuyo tratamiento constituye una demostración más de la autonomía que tiene el acto administrativo frente al acto jurídico del Derecho Privado.

La doctrina tradicional en nuestro país aborda este tema en el capítulo dedicado a los caracteres del acto administrativo, entendiendo por tales la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, inspirándose en la doctrina de los administrativistas italianos [1], a diferencia de los juristas franceses que abordan el estudio de la ejecutoriedad al tratar los efectos del acto administrativo ("decisión *exécutoire*") [2]. De otra parte, se ha sostenido que también constituyen sendos caracteres del acto administrativo, su estabilidad e impugnabilidad [3].

1 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 374 y sigs.; FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, t. II, pág. 273 y sigs.; ALTAMIRA, Pedro G., *op. cit.*, pág 391.

2 A quienes sigue, entre nosotros, BIELSA (*op. cit.*, t. II, pág. 99 y sigs.); ésta es también la metodología que utiliza un sector de la doctrina francesa actual: RIVERO, Jean, *op. cit.*, pág. 88 y sigs.; WALINE, Marcel, *op. cit.*, pág. 547 y sigs.; otros autores como BENOIT ubican los caracteres dentro del régimen de las sanciones administrativas (*op. cit.*, pág. 550 y sigs.).

3 GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 2ª ed., pág. 143 y sigs.

Lo esencial no estriba en la ubicación metodológica del tema ni en la terminología —que se presta aquí especialmente a verdaderos rompecabezas semánticos— sino en el enfoque acerca de cuál debe ser la idea central que presida su agrupamiento o desmembración, ya que en definitiva, tales caracteres aparecen de alguna manera reconocidos por casi todos los juristas, aunque bajo distinto ropaje terminológico.

Pues bien, esa idea básica, que a nuestro juicio determina el tratamiento conjunto de los caracteres del acto, radica en la necesidad de: 1) destacar aquellos aspectos del acto que presentan rasgos distintivos respecto del acto jurídico de Derecho Privado y que son precisamente los que en mayor medida justifican su autonomía jurídica; y 2) establecer cuáles caracteres del acto administrativo asumen la categoría de principio o regla general del mismo y viceversa [4]. De acuerdo a lo que se verá en el desarrollo del presente capítulo admitimos sólo dos caracteres del acto administrativo: la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad. Los demás caracteres (ejecutividad y retroactividad) son eventuales y asumen un carácter excepcional y, si bien apuntan al reconocimiento de ciertas situaciones que traducen una regulación específica y diferenciada del acto administrativo, no constituyen la regla general del mismo el cual, en principio, no implica un título ejecutivo ni tiene efectos retroactivos.

En lo que concierne a la estabilidad e impugnabilidad, razones metodológicas (en particular para evitar reiteraciones innecesarias), nos llevan a estudiar estos principios al analizar la extinción del acto administrativo y la parte especial que versa sobre el procedimiento administrativo.

Finalmente, con relación a la ubicación del tema de los caracteres del acto administrativo, su estudio no puede realizarse en forma lógica sin antes haber desarrollado la teoría de la invalidez administrativa, presupuesto esencial para poder comprender el funcionamiento de algunos principios tales como la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad. Nos ha parecido así que hubiera constituido un

4 Se ha sostenido que las reglas básicas que justifican la construcción del derecho administrativo constituyen un conjunto de cánones o principios "que garantizan la autonomía del sistema administrativo dentro del mundo jurídico impidiendo que sean confundidas instituciones del derecho privado con las similares del derecho público, en primer lugar, e impidiendo —ya dentro del derecho público— que se identifiquen confundiéndose instituciones peculiares a dos ramas generales pero distintas" (CRETELLA JUNIOR, José, "Principios fundamentales del Derecho Administrativo", en *Estudios en Homenaje al Profesor López Rodó*, t. I, pág. 50, Madrid, 1972).

defecto metodológico abordar algunos temas, como por ejemplo, las cuestiones relacionadas con la manera en que actúan la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad frente a una nulidad manifiesta, sin haberse analizado previamente el sistema general que la presupone y su régimen jurídico.

2. ORIGEN HISTÓRICO Y SENTIDO ACTUAL DE LAS PRERROGATIVAS ESTATALES

Si bien cada régimen político ha tenido una administración configurada de acuerdo a los fines perseguidos en cada época histórica, el análisis acerca de la evolución operada hasta culminar en el estado actual muestra la existencia de un conjunto de privilegios que, fundados en la posición de supremacía del Estado en el campo del Derecho Público, crearon una situación exorbitante respecto de los administrados [5]. Tales prerrogativas que habilitan a la Administración a avanzar sobre la esfera jurídica de los particulares, cuyos orígenes se remontan al derecho romano, han sido denominadas "privilegios hacia afuera" [6].

Entre las prerrogativas que corresponde ubicar dentro de dicho grupo se hallan aquellas que, en su configuración actual, constituyen las denominadas presunción de legitimidad, ejecutoriedad y ejecutividad.

Si bien el contenido del Derecho Público, administrativo en la especie, está constituido por las prerrogativas que traducen la supremacía estatal, ellas no agotan en modo alguno su objeto, que se nutre con otros tipos de relaciones jurídicas donde dicha supremacía está ausente (ej.: relaciones inter-administrativas) como también de aquellas relaciones que están orientadas por una finalidad de promoción o fomento, donde la técnica utilizada no genera siempre una situación exorbitante de la Administración frente al administrado. Sin embargo, resulta evidente —sin contrariar el reconocimiento del acto administrativo como categoría histórica— que su estudio se apoya fundamentalmente en la situación jurídica exorbitante de la Administración [7] cuya problemática central procura resolver, según la orientación que se imprima en cada etapa política, económica y so-

5 BARRA, Rodolfo C., *Principios de Derecho Administrativo*, pág. 128 y sigs., Buenos Aires, Ábaco, 1980.

6 GARCÍA TREVIJANO FOS, José A., *op. cit.*, t. I, págs. 34 y 398.

7 ZANOBINI, Guido, *op. cit.*, t. I, pág. 38.

cial, el antiguo y permanente conflicto entre la autoridad y la libertad. Al respecto, se ha sostenido que allí es donde en realidad se sintetiza toda la dialéctica que envuelve a la Administración, "porque se trata de buscar un equilibrio jurídico entre dos términos aparentemente antitéticos y que a través de la historia han presidido, todos los cambios ideológicos y sociales" [8]. Con todo, para el Derecho Administrativo el problema recién cobra trascendencia —en el sentido de que comienzan a perfilarse las limitaciones que es necesario consagrar a las prerrogativas de poder público— con el advenimiento del estado de derecho, al producirse el traspaso de las funciones jurisdiccionales a órganos separados e independientes de la autoridad ejecutiva, al par que se transfieren algunos privilegios como la presunción de legitimidad y la ejecutividad.

De todo lo expuesto, cabe inferir lo inexacto de la postura que atribuye a estas prerrogativas el carácter de un resabio del Estado de Policía. Antes bien, se trata de poderes que ha poseído desde tiempo inmemorial la Administración, algunos de los cuales asumen ahora un carácter residual, cuyas limitaciones se determinan en función de una dinámica histórica en constante evolución, dentro del denominado régimen administrativo que caracteriza al derecho continental europeo [9] y a nuestro ordenamiento jurídico positivo [10].

Al propio tiempo, el reconocimiento de las prerrogativas de poder público sólo puede concebirse en la medida en que coexistan, a través de fórmulas de equilibrio, adecuadas garantías para el administrado.

3. La presunción de legitimidad. Noción y fundamentos

Dentro de las prerrogativas "hacia afuera" de que dispone la Administración uno de los pilares de nuestro régimen administrativo es la presunción de legitimidad [11], la cual implica la suposición de que éste ha sido dictado en armonía con el ordenamiento jurídico.

8 García Trevijano Fos, José A., *op. cit.*, t. I, pág. 397.

9 Entrena Cuesta, Rafael, *op. cit.*, pág. 39 y sigs.

10 Esta opinión la hemos expuesto anteriormente en nuestro trabajo "La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549", ED, t. 42, pág. 846.

11 García Trevijano Fos, José A., *op. cit.*, t. I, pág. 402, señala que la presunción de legitimidad "quiere decir que los actos de los órganos administrativos se presumen legítimos en principio. Es decir, no se presume la arbitrariedad, se presume que todo está hecho con arreglo, no solamente a los cauces formales sino al interés público". Otros autores utilizan un concepto distinto sosteniendo la "presunción de veracidad o de verdad" del acto administrativo que a nuestro juicio nada tiene que ver con la presunción de legalidad del acto (véase Cretella Junior, José, *op. cit.*, t. I, pág. 60).

Según la jurisprudencia argentina, la presunción de legitimidad produce dos consecuencias importantes: la prohibición de que los jueces decreten de oficio la invalidez del acto administrativo y la necesidad de alegar y probar su ilegitimidad [12].

En nuestra opinión, las consecuencias señaladas no se relacionan con la presunción de legitimidad del acto administrativo. La prohibición a los jueces de disponer la invalidez del acto administrativo no encuentra andamiaje —como se ha visto— en nuestro régimen constitucional basado en el principio de separación de poderes y en el sistema judicialista de control de los actos administrativos.

En cuanto a la otra consecuencia (necesidad de alegar y probar la ilegitimidad del acto administrativo) cabe hacer dos consideraciones: a) la exigencia de alegar la ilegitimidad del acto no implica una derivación de la presunción de legitimidad; b) el requisito de la prueba, en el sentido procesal, depende de las circunstancias del caso, pues bien puede suceder que se trate únicamente de una cuestión de puro derecho que se somete a la dilucidación de la justicia. Sólo cabría admitir tal efecto en el supuesto de que se pretenda demostrar o probar la ilegitimidad en el sentido lógico jurídico [13], pero ello es tan obvio que no merece casi la pena puntualizarlo.

La presunción de legitimidad constituye un principio del acto administrativo que encuentra fundamento en la presunción de validez que acompaña a todos los actos estatales [14], principio en el que se basa a su vez el deber del administrado de cumplir el acto administrativo.

De no existir tal regla, toda la actividad administrativa sería directamente cuestionable, en principio, aunque la legitimidad fuera patente obstaculizando el cumplimiento de los fines públicos al anteponer un interés individual de naturaleza privada al interés colectivo o social, en definitiva, al interés público [15]. El derecho positivo argentino en el orden nacional ha consagrado la existencia de la presunción de legitimidad como un principio propio del acto administrativo y lo mismo acontece en los ordenamientos provinciales [16].

12 *Fallos*, 190:142 y sigs., en especial, pág. 154 (caso "Los Lagos"); ALTAMIRA, Pedro G., *op. cit.*, pág. 391; GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 2ª ed., pág. 125 y sigs.

13 Cfr. GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 2ª ed., pág. 126.

14 BIDART CAMPOS, Germán J., "La interpretación y la integración constitucionales", ED, t. 28, pág. 878; CAPUTI, Claudia - SACRISTÁN, Estela, "La caducidad del art. 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad y la seguridad jurídica", LL, t. 1997-A, págs. 78-79.

15 CRETELLA JUNIOR, José, *op. cit.*, t. I, págs. 52-53, sostiene que la preponderancia del interés público sobre el interés privado configura un principio que impone todo el derecho administrativo y en general el derecho público (penal y constitucional).

16 LNPA, art. 12; Mendoza, ley 3909, art. 79; La Pampa, ley 951, art. 50, etc.

4. ALCANCES DEL PRINCIPIO

La principal crítica que se le ha hecho a la presunción de legitimidad deriva de la incongruencia de sostener que todos los actos administrativos —aun aquellos que adolecen de vicios manifiestos— gozan de tal presunción [17], pero tal argumentación no sirve a nuestro juicio para negar o criticar el fundamento del principio y su operatividad, por cuanto bastará con negar la presunción de legitimidad en aquellos supuestos en que los vicios surjan patentes y notorios, sin que sea necesario desconocer la existencia de este principio, pilar de nuestro régimen administrativo. Si bien se ha sostenido la tesis de que los actos portadores de vicios manifiestos carecen de presunción de legitimidad [18], lo cierto es que esa postura queda desprovista de sistemática en cuanto no se acepte la nulidad manifiesta como una categoría diferenciada de invalidez.

Por otra parte, el desarrollo posterior del Derecho Administrativo muestra bien a las claras que la tendencia legislativa y jurisprudencial se inclina a reconocer la posibilidad de que pueda invalidarse un acto administrativo portador de un vicio manifiesto sin necesidad de realizar ninguna investigación de hecho, como lo sostuvo la Corte en el conocido caso "Los Lagos". En efecto, esta última afirmación ha perdido vigencia a raíz de la jurisprudencia existente alrededor de la acción de amparo [19] ya que la ilegalidad manifiesta excluye la posibilidad de que se realice una investigación de hecho [20], al ser suficiente que la invalidez surja del acto mismo en forma patente y notoria.

17 Como lo entendieron quienes analizaron la jurisprudencia que la Corte sentó en el caso "Los Lagos": LINARES, Juan F., *Cosa Juzgada Administrativa*, pág. 26 y sigs., Buenos Aires, 1946; BOSCH, Jorge T., "La extinción de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Suprema Corte Nacional de Justicia", *Revista Argentina de Estudios Políticos*, pág. 192 y sigs., Buenos Aires, marzo de 1946. En cuanto a la crítica de tal posición, ver GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 2ª ed., págs. 120-121. No creemos, pese a no compartirla en muchos aspectos, que la postura tradicional en esta materia obedeciera a un pensamiento estatista y autoritario, que resultara contrario al liberalismo de la época que también precisaba del ejercicio limitado del poder estatal para cumplir con la finalidad de preservar las libertades (v.gr. en materia de seguridad).

18 GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 2ª ed., pág. 120 y sigs.

19 Reglada por la ley 16.986, uno de cuyos presupuestos es la ilegalidad manifiesta del acto que se quiere suspender o extinguir por esta vía excepcional (art. 1°).

20 DROMI, José R., *Acto Administrativo. Ejecución, Suspensión y Recursos*, pág. 44, Buenos Aires, 1973, comparte nuestra postura originariamente sostenida en un trabajo anterior (*La ejecutoriedad del acto administrativo*) en el sentido de que los actos con vicios manifiestos carecen de presunción de legitimidad.

Así, en muchos casos, la Corte ha aceptado la procedencia del amparo contra verdaderos actos administrativos que adolecían de vicios manifiestos [21].

En conclusión, la presunción de legitimidad no reviste un carácter absoluto pues cede frente a la aparición de vicios manifiestos en el acto administrativo. En tales casos, el acto administrativo que no posee presunción de legitimidad carece de ejecutoriedad, tornando procedente su suspensión si, no obstante tal circunstancia, la Administración insistiera en su cumplimiento. Cede también en aquellos supuestos en que se decreta la suspensión del acto en sede judicial a raíz de haberse dispuesto la prohibición de innovar, ahora reconocida en el art. 230 del CPCCN [22] cuyo análisis se realizará al abordar la suspensión como vía de excepción al principio de la ejecutoriedad del acto administrativo.

5. EL PRINCIPIO DE LA EJECUTORIEDAD. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

El principio de la ejecutoriedad resulta consustancial al ejercicio de la función administrativa. Consiste en la facultad de los órganos estatales que ejercen dicha función administrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto, sin intervención judicial, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico [23].

Tal facultad —que algunos autores denominan autoejecutoriedad [24]— es característica de aquellos países como el nuestro, cuyas instituciones y regímenes jurídicos se han modelado —en un proceso natural— bajo la influencia del derecho continental europeo (pese a

21 Caso "Daleth SCA", ED, t. 20, pág. 123, donde se hizo lugar al amparo contra una resolución de la Administración Nacional de Aduanas que dispuso la venta de mercaderías conforme al art. 106 de la Ley de Aduanas, por considerarlas perecederas, si ellas no revestían tal condición. Ver también el caso "Empresa Mate Larangueira Méndes SA y otros s/ recurso de amparo", *Fallos*, 269:397, consid. 5°) en el que se concedió el amparo contra una medida del Poder Ejecutivo que prohibía el levantamiento de cosechas ya maduradas por considerar que adolecía de ilegitimidad manifiesta.

22 Debe señalarse, empero, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha limitado en algunos casos la posibilidad de dictar la suspensión del acto administrativo como medida de no innovar en materia de medidas de policía sobre salubridad e higiene (cfr. *Fallos*, 207:216). Dijo, en tal oportunidad, la Corte: "El principio que no admite las medidas de no innovar respecto de actos administrativos fundado en la presunción de validez de los mismos, es de estricta aplicación cuando se trata de medidas de policía basadas en razones de seguridad e higiene".

23 En sentido similar, PARADA VÁZQUEZ, José R., *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 145-146, Madrid, 1989.

24 CRETELLA JUNIOR, José, *op. cit.*, pág. 57.

que la normativa constitucional sea también de inspiración norteamericana). Su ejercicio se desarrolla en un marco donde caben ideas tan opuestas como autoridad y libertad, prerrogativa y garantía, generando entre individuo y Estado una tensión casi permanente —en mérito a la naturaleza y gravitación de la actividad administrativa— que requiere una realización constante y continua orientada hacia la satisfacción de los intereses públicos.

Sin embargo, la propia flexibilidad de los principios que informan al Derecho Administrativo hace posible integrar de manera equilibrada ideas tan adversas como autoridad y libertad, dentro de una dinámica política, económica y social, que exige una adecuación constante a la realidad influenciando los criterios de justicia de las soluciones que deben adoptarse.

Se ha negado que la ejecutoriedad constituya un principio del acto administrativo [25] afirmando que "éste es meramente inductivo y contingente. Vale en tanto el derecho positivo del país lo autoriza y con la extensión y medida que lo consagra" [26].

No obstante que el derecho positivo argentino vigente en el orden nacional ha consagrado la existencia de la ejecutoriedad con categoría de principio del acto administrativo [27] y que, en tal sentido, el debate sobre esta cuestión resultará estéril en el futuro (de mantenerse las normas que lo reconocen) vamos a reiterar los fundamentos del instituto refutando algunas críticas que se nos han hecho al respecto.

El fundamento del principio de la ejecutoriedad [28], en nuestro ordenamiento constitucional, encuentra apoyo en los siguientes argumentos:

A) tratándose de una facultad que integra el contenido de la función administrativa (en el sentido con que se ha entendido esta función en nuestro sistema) la ejecutoriedad halla su fundamento en el art. 99, inc. 1°, de la Const. Nac., donde se le ad-

25 LINARES, Juan F., "Efectos suspensivos de los recursos ante la Administración", LL, t. 85, pág. 906 y sigs.; GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, pág. 131.

26 LINARES, Juan F., *op. cit.*, pág. 909. Cuadra apuntar que Linares se refiere a la ejecutoriedad coactiva (que la doctrina denomina también ejecutoriedad propia) y que en su obra posterior acepta que constituye una facultad exorbitante cuando lo permite la ley, apoyándose en el art. 12 de la LNPA para concluir que no es un principio absoluto (cfr. *Derecho Administrativo*, págs. 148-149, Buenos Aires, 1986).

27 Ley 19.549, art. 12.

28 En nuestra obra: *La ejecutoriedad del acto administrativo*, pág. 68 y sigs., Buenos Aires, 1971.

judica la responsabilidad política de la Administración y la Jefatura del Gobierno primordialmente al Poder Ejecutivo.

La objeción que podría surgir como consecuencia de lo dispuesto en el art. 29 de la Const. Nac. [29] —cuya raíz histórica se remonta a la época del gobierno de Rosas— no puede interpretarse en el sentido de que tal norma obsta al ejercicio de facultades "ordinarias" de administración por parte del Poder Ejecutivo o de los órganos que excepcionalmente ejerzan la función administrativa (judiciales y legislativos). Esta última interpretación, que postula la posibilidad de aceptar la ejecutoriedad de los actos administrativos que dicten excepcionalmente los órganos Legislativo y Judicial (conforme a la concepción objetiva o material que acogemos), la habíamos reconocido con anterioridad [30]; pero lo cierto es que nuestra tesis se había desenvuelto teniendo por objeto primordialmente el estudio de lo que acontecía en el seno del Poder Ejecutivo.

Se ha afirmado que si la ejecutoriedad del acto administrativo se funda en las facultades y atribuciones incluidas en la zona de reserva de la Administración, que emana del art. 99 (ex art. 86) de la Const. Nac., carecerían de tal carácter los actos administrativos dictados por los otros poderes en ejercicio de la función administrativa, de lo cual obviamente cabría inferir que la ejecutoriedad sería una nota de determinados actos administrativos, salvo que se opte por una caracterización subjetiva [31].

En primer término, es del caso aclarar que la ejecutoriedad no se funda en la zona de reserva, sino en el art. 99, inc. 1°, lo cual constituye una cuestión distinta, ya que si bien es cierto que esas facultades reservadas encuentran su apoyo normativo en la interpretación de dicha norma constitucional, no todas las facultades que derivan de la función administrativa pertenecen a la zona de reserva; de lo contrario no se podría admitir la posibilidad de que los órganos Judicial y Legislativo pudieran dictar actos administrativos. Lo esencial de nuestra tesis sobre la ejecutoriedad radica en sostener que se tra-

29 Que estatuye: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria".

30 CASSAGNE, Juan C., *op. cit.*, pág. 69.

31 CELORRIO, Atanasio Hernán, en el comentario que publicó la *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, nro. 2, págs. 112-113, Buenos Aires, noviembre de 1971.

ta de una atribución "inherente" a la función administrativa y no a la zona de reserva [32], la cual aparece en nuestra concepción sólo para explicar el fundamento de la facultad de proceder a la ejecución coactiva de las decisiones estatales que, en casi todos los sistemas constitucionales del mundo, corresponde exclusivamente al Poder Ejecutivo. En tal sentido, hemos concluido que debe diferenciarse la ejecución coactiva, es decir, la medida de ejecución, de la facultad de disponerla sin intervención judicial; la ejecución coactiva integra uno de los aspectos de la ejecutoriedad, ya que, como veremos seguidamente, no es imprescindible en todos los casos que el acto se cumpla apelando a la coacción [33].

El hecho de que también los actos administrativos emitidos por los órganos Judicial y Legislativo posean ejecutoriedad obedece a una particular significación histórica. En efecto, cuando se produjo la transferencia o la aparición de ciertas y limitadas funciones administrativas en los órganos Judicial y Legislativo —al fraccionarse el ejercicio de la función estatal— los mismos asumieron dichas funciones administrativas con las facultades mínimas indispensables para poderlas ejercitar. Sin embargo, en el proceso de traspaso o aparición de las funciones administrativas hacia o en los órganos Legislativo y Judicial, el Poder Ejecutivo se ha reservado el uso de la coacción como facultad exclusiva o, al menos, predominante.

B) la dinámica constitucional también impone la vigencia del principio de la ejecutoriedad dentro de una interpretación adaptada a la realidad contemporánea caracterizada por la realización de actividades administrativas de singular gravitación en el orden social y económico, que exigen ser desarrolladas en forma intermitente sin obstáculos formales que la paralicen (aunque siempre dentro de la normativa y la justicia).

C) además, la propia sistemática constitucional conduce a tal interpretación en cuanto el sistema que instituye la Constitución, apoyado en un equilibrio logrado a través del establecimiento de frenos y contrapesos, podrá verse alterado en perjuicio del Poder Ejecutivo, al impedirle que cada vez que desee poner en cumplimiento un acto administrativo requiera el acuerdo del particular o administrado o la intervención judicial, en caso de que no fuera posible obtenerlo.

32 CASSAGNE, Juan C., *op. cit.*, pág. 68 y sigs.

33 Para un desarrollo más extenso nos remitimos a *La ejecutoriedad del acto...*, cit., pág. 21 y sigs.

6. CONTINUACIÓN. PRINCIPALES TERMINOLOGÍAS Y NOCIONES EXISTENTES EN LA DOCTRINA COMPARADA

Una de las dificultades que plantea el estudio de la ejecutoriedad, en función de la doctrina existente en otros países, radica en la presencia de diferentes terminologías que, aunque traducen muchas veces idénticos contenidos conceptuales, pueden ser fuente de discrepancias meramente semánticas.

En la Argentina, puede afirmarse que existe uniformidad, al menos en punto a la terminología, aun entre quienes no postulan la figura con categoría de principio ya que, salvo excepciones [34], la doctrina emplea el término ejecutoriedad [35].

No ocurre lo mismo en Francia donde las nociones del *privilège du préalable* y de la *action d'office* o *exécution forcée* no se han perfilado con nitidez. Así, entre los autores franceses contemporáneos, tanto Rivero como Laubadère, han coincidido, en líneas generales, en que el privilegio del *préalable* significa la prerrogativa de atenerse a su decisión sin acudir previamente al juez para obtener la comprobación judicial de su derecho [36], habiéndose sostenido en un sentido más particular que significa que tiene a su favor una presunción de conformidad al derecho [37]. La ejecución de oficio consiste, en cambio, en la facultad de hacer cumplir un acto administrativo por la fuerza [38]. Tal es también el significado en el derecho colombiano [39].

34 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 257 y sigs., quien emplea el término "ejecutividad".

35 FIORINI, Bartolomé A., *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*, pág. 139 y sigs., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 374 y sigs.; BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. II, pág. 89 y sigs.; CASSAGNE, Juan C., *op. cit.*, pág. 41 y sigs.; BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho Constitucional del Poder*, t. II, pág. 86, Buenos Aires, Ediar, 1967; DROMI, José R., *op. cit.*, pág. 37 y sigs.

36 LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, pág. 282 y sigs.; RIVERO, Jean, *op. cit.*, pág. 88 y sigs. La distinción también ha sido recogida por Chinot quien diferencia la decisión administrativa (*privilège du préalable*) del procedimiento a través del cual dicha decisión se cumple materialmente (cfr. *Le Privilège d'Exécution d'Office de l'Administration*, pág. 35, Paris, 1954).

37 RIVERO, Jean, *op. cit.*, pág. 88.

38 LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, pág. 284. A su vez, Benoit y Rivero se refieren a la ejecución de oficio cuando la ejecución del acto no recae sobre la persona del administrado y la Administración puede sustituirlo en caso de desobediencia (ej.: retiro de un vehículo irregularmente estacionado en la vía pública), mientras que cuando se utiliza la fuerza material sobre el administrado que no cumple el acto prefieren hablar de *exécution forcée* (cfr. BENOIT, Francis P., *op. cit.*, pág. 553 y sigs.; RIVERO, Jean, *op. cit.*, pág. 91).

39 VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, 5ª ed., pág. 355, Bogotá, 1977.

Por su parte, Waline designa a la acción de oficio bajo la denominación de *action d'office ou préalable* confundiendo ambas situaciones. En realidad, como lo señala el propio Waline, la confusión proviene de Hauriou, quien pretendió destacar que, en tales supuestos, la Administración prescinde de la intervención previa del juez [40].

En cambio, Vedel se apartó de la doctrina y jurisprudencia francesas dominantes ya que considera que la acción de oficio es la prerrogativa de la Administración de dictar decisiones ejecutorias que en forma unilateral crean derechos y obligaciones respecto de los administrados, designando *exécution forcée* a la ejecución por la fuerza de una decisión ejecutoria [41].

Por el contrario, en la doctrina italiana existe en general acuerdo acerca del concepto y su terminología considerando que la ejecutoriedad constituye una particular manifestación de la eficacia del acto administrativo, por cuyo mérito, cuando impone deberes y restricciones a los particulares puede ser realizado aun contra su voluntad, sin que sea necesaria la intervención previa de los órganos judiciales, es decir, "la posibilidad para la Administración de realizar el contenido del acto con el uso inmediato de los medios coercitivos" [42].

En cuanto al panorama doctrinario que existe en España, mientras un sector de autores (en forma correlativa a las nociones del privilegio del *préalable* y de la acción de oficio de la doctrina francesa), designa dichas prerrogativas con los nombres de decisión unilateral y decisión ejecutiva, respectivamente [43], otros juristas adoptan la terminología de la acción de oficio de la doctrina francesa [44], algunos prefieren hablar de ejecutividad [45], como también de privilegio de la

40 WALINE, Marcel, *op. cit.*, pág. 349.

41 VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, págs. 140 y 161, Paris, 1961.

42 Cfr. ZANOBINI, Guido, *op. cit.*, t. I, trad. del italiano, págs. 373-374. Esta postura se encuentra actualmente sostenida por la doctrina italiana, véase: CERULLI IRELLI, Vincenzo, *Corso di Diritto Amministrativo*, págs. 589-590, Torino, 1999; VIRGA, Pietro, *Diritto Amministrativo*, 5ª ed., t. II, págs. 101-102, Milán, 1999; SORACE, Domenico, *Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, págs. 74-76, Bologna, 2000; ver además: GIANNINI, Massimo S., *Lezioni di Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 422, Milán, 1950; RANELETTI, Oreste, *op. cit.*, pág. 127; VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 439 y sigs., Torino, 1962; LANDI, Guido - POTENZA, Giuseppe, *op. cit.*, págs. 250-251; SANDULLI, Aldo M., *op. cit.*, 10ª ed., pág. 355; ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, pág. 206, Milán, 1958; FOLIGNO, Darío, *L'Attività Amministrativa*, Milán, 1966.

43 GARCÍA TREVIJANO FOS, José A., *op. cit.*, t. I, págs. 398-400.

44 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, t. I, págs. 104-105, Madrid, 1964.

45 GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 533 y sigs., excluyendo de la noción a la ejecución forzada o acción de oficio.

decisión ejecutoria [46], y no faltan quienes pretenden condensar las prerrogativas existentes bajo la designación de privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos [47] o simplemente autotutela [48].

7. AMPLITUD DE LA NOCIÓN DE EJECUTORIEDAD: EL USO DE LA COACCIÓN NO CONSTITUYE LA ÚNICA ESPECIE

No siempre se ha diferenciado en forma clara la facultad que tiene el Poder Ejecutivo (en todos los países del mundo) para utilizar la coacción estatal, de la facultad de disponer la ejecución coactiva del acto sin intervención judicial, comúnmente denominada ejecutoriedad del acto administrativo en la doctrina italiana.

Tampoco se ha advertido que la coacción no constituye la única manera de cumplir el acto administrativo, aunque sea la especie de ejecutoriedad de mayor trascendencia y gravitación en la esfera jurídica de los administrados. En tal situación se hallan los siguientes supuestos:

a) actos cuya realización se opera por su propia virtualidad, como determinadas declaraciones de conocimiento o de juicio que producen efectos jurídicos directos (v.gr., actos de registro y certificaciones);

b) actos que se cumplen en virtud de una norma que preceptúa el cumplimiento previo del acto, aun contra la voluntad del administrado, como condición para accionar contra el Estado por actos ilegítimos de aplicación o recaudación de impuestos (regla *solve et repete*);

c) ejecución directa del acto administrativo por parte de la Administración con obligación para el particular de soportar los gastos que ello demande (ej.: reparación de cercos y veredas).

Los supuestos indicados, que no agotan todos los casos en que el acto administrativo se cumple sin apelar al uso de la coacción material o ejecución coactiva [49], demuestran la conveniencia y necesidad de utilizar una noción amplia de ejecutoriedad, que englobe todas las formas de cumplimiento del acto por parte del órgano que ejerce la función administrativa, sin intervención judicial.

46 PARADA VÁZQUEZ, José R., "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", RAP, nro. 55, pág. 109, Madrid, 1958.

47 ENTRENA CUESTA, Rafael, *op. cit.*, pág. 509.

48 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. I, pág. 310 y sigs.

49 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. I, pág. 315; estos autores denominan a esta especie de ejecutoriedad "autotutela declarativa".

8. LA LLAMADA EJECUTORIEDAD IMPROPIA. CRÍTICA

Una de las consecuencias que surgen de las posiciones doctrinarias que no encaran la cuestión desde su centro de gravedad (que para nosotros está constituido por el cumplimiento del acto sin intervención judicial) como asimismo de la imprecisión terminológica existente es la admisión de otro tipo de ejecutoriedad llamada "impropia" o "indirecta" [50].

En nuestra opinión, la llamada "ejecutoriedad impropia" es precisamente la negación de la ejecutoriedad, ya que, en tales casos, el acto carece en sede administrativa de fuerza ejecutoria, debiendo acudirse al órgano Judicial para obtener su cumplimiento [51].

La lógica indica que si un sistema postula que ciertos actos de la Administración carecen de ejecutoriedad, en el sentido de que su ejecución debe ser decidida por los jueces, no puede sostenerse al propio tiempo que estos actos gozan de ejecutoriedad impropia pues, en tal caso, la ejecutoriedad surgirá de la sentencia judicial y no del acto administrativo [52].

9. LÍMITES AL PRINCIPIO

El principal límite que pone coto a la facultad de la Administración Pública y los órganos estatales que ejerzan la función administrativa de ejecutar el acto, surge del principio por el cual toda ejecución coactiva del acto que recaiga sobre la persona o los bienes del administrado debe estar dispuesta por los jueces. Al respecto, cabe recordar que la Constitución Nacional (arts. 19 y 23) constituye un sistema material a favor del administrado [53] y que la función de disponer las medidas de coacción sobre personas o bienes integra en nuestro régimen jurídico, el contenido de la función judicial. Tal es el principio, que admite algunas excepciones vinculadas a la necesidad que tiene la Administración en ciertas situaciones de apelar al uso de la coacción para cumplir con las funciones asignadas, las cuales,

50 BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. II, pág. 95; DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 281; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit*, t. II, pág. 379; FIORINI, Bartolomé A., *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*, pág. 145.

51 Cfr. ANDREA FERREIRA, Sergio de. *Direito Administrativo Didático*, pág. 138, Rio de Janeiro, 1979; BORIO, Fernando R., *op. cit.*, ED, t. 88, pág. 759.

52 CASSAGNE, Juan C., *op. cit.*, págs. 44-45.

53 GOLDSCHMIDT, Werner, *op. cit.*, págs. 520 y 537; BREWER CARÍAS, Allan R., *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, págs. 132-133, Caracas, 1964.

desde la perspectiva histórica, constituyen facultades inherentes, por el solo hecho —fácil de comprobar— de que siempre le pertenecieron. Entre los casos en que excepcionalmente se acepta que la Administración pueda realizar la ejecución coactiva del acto administrativo corresponde destacar los que se hallan relacionados con:

a) la protección del dominio público [54];

b) demolición de un edificio que amenaza ruina [55];

c) incautación de bienes muebles que impliquen un peligro inmediato para la salubridad y moralidad de los habitantes [56 y 57];

d) la decisión ejecutoria [58] en la ocupación temporánea anormal [59].

10. LA SUSPENSIÓN DEL ACTO EN SEDE ADMINISTRATIVA

Como consecuencia de la regla de la ejecutoriedad del acto administrativo la promoción de un recurso en sede administrativa no provoca la suspensión de los efectos del acto recurrido [60], salvo que una norma expresa dispusiera lo contrario o que el acto no tuviera presunción de legitimidad por adolecer de nulidad manifiesta [61].

Doctrinariamente se ha sostenido que la suspensión de los efectos del acto administrativo se funda en los criterios del daño y de ilegalidad [62]. Por el primero de ellos, el acto administrativo se suspende cuando su ejecución genere mayores daños que los que engendre su

54 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado del Dominio Público*, pág. 271 y sigs., Buenos Aires, 1960; DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 441 y sigs.; LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. II, pág. 175. Los tribunales han aceptado en varios casos la procedencia de la autotutela con el fin de desalojar dependencias dominiales: LL, t. 107, pág. 256 (caso "Hijos de Isidoro Grillo SA") y LL, t. 119, pág. 242 (caso "Mariscal, Luis M. J.").

55 BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. II, pág. 108, *in fine*, nota 131, quien acota: "El Código Civil no admite la *cautio damni infecti* (art. 1332) por considerar que es de incumbencia de la autoridad de policía local lo concerniente al peligro que para los vecinos entrañan los edificios que amenazan ruina".

56 BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. II, pág. 108.

57 Cfr. CASSAGNE, Juan C., *op. cit.*, pág. 103, criterio que sigue expresamente el art. 12 de la ley 19.549.

58 Cfr. BORIO, Fernando R., *op. cit.*, ED, t. 88, pág. 759.

59 MAIORANO, Jorge L., *La expropiación en la ley 21.499*, págs. 192-194, Buenos Aires, Astrea, 1978.

60 Criterio que sigue la jurisprudencia, véase "Dirección General de Fabricaciones Militares c/ Ecca SA", fallo del 11-X-1984, CNac. Cont. Adm. Fed., Sala 3ª, JA, diario nro. 5427, pág. 36.

61 BORIO, Fernando R., *op. cit.*, ED, t. 88, pág. 763.

62 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, págs. 627-633, anteriormente se invocaba el criterio del perjuicio irreparable el cual ha sido justamente criticado aduciendo que no puede aguardarse a que el daño se produzca para obtener la suspensión del acto jurídico (*op. cit.*, t. I, págs. 629-630).

suspensión. Si bien se trata de un criterio contingente, entendemos que si el administrado demuestra de una manera patente, notoria e indubitable la configuración del daño que acarreará la ejecución del acto, junto al hecho de que ella ocasione mayores perjuicios que su suspensión, esta última debería resultar obligatoria para la Administración [63].

El restante criterio versa sobre la ilegalidad del acto y se relaciona con el carácter manifiesto o no del vicio que posea el acto administrativo, lo cual resulta lógico en atención a que se trata de una medida provisoria que debe adoptarse contemporáneamente a la promoción del recurso, pues de lo contrario la actividad administrativa —por su naturaleza intermitente— no se interrumpiría. Para que la Administración pueda apreciar la necesidad de decretar la suspensión en forma contemporánea a la petición del administrado el vicio debe ser patente y surgir del propio acto administrativo, es decir, que debe tratarse de una invalidez manifiesta.

Un criterio distinto ha sido sostenido por un sector doctrinario, que si bien admite [64] el principio de que los recursos carecen de efectos suspensivos cuando la ejecución del acto afectare el derecho subjetivo de un particular, acepta la suspensión cuando el administrado se hallare perjudicado en su interés legítimo. En realidad, la diferente naturaleza de la relación no puede servir de base para fundar esa solución distinta convirtiendo a los particulares en jueces del interés legítimo, lo cual no implica desconocer la idea de justicia que anima la postura, pero pensamos que ella puede lograrse a través de los sistemas de suspensión que protegen tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo afectado.

11. SISTEMA DE LA LNPA EN MATERIA DE EJECUTORIEDAD Y SUSPENSIÓN DEL ACTO EN SEDE ADMINISTRATIVA. CRÍTICA

El art. 12 de la LNPA consagra en forma explícita el principio de la ejecutoriedad del acto administrativo y la no suspensión de sus efectos a raíz de la deducción de un recurso estableciendo claramente que "su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios —a menos que la ley o la naturaleza del acto exigiesen la intervención judicial— e impide que los recur-

63 Cfr. HUTCHINSON, Tomás, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1985, pág. 275.

64 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. V, pág. 352.

sos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario" [65].

Resta aclarar, sin embargo, cuál es el criterio general para determinar en qué casos la naturaleza del acto exige la intervención judicial, ya que en los supuestos en que la determinación provenga de la ley, en principio, habría que respetar la norma.

Los supuestos en que la naturaleza del acto exige la intervención del juez, se centran —como criterio general— en el principal límite establecido a la facultad de los órganos que ejercen la función administrativa para ejecutar sus propias decisiones, que se refiere a la exigencia (derivada de la Const. Nac.) de que sea el órgano judicial competente quien disponga —en principio— la ejecución coactiva de un acto administrativo, sobre la persona o los bienes del administrado.

La segunda parte del art. 12 de la LNPA dispone que "Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público o para evitar perjuicios graves al interesado o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta". Sin perjuicio de nuestra postura general favorable a esta regulación legislativa [66], ella constituye una de las normas más criticables, sobre todo, por la gravitación que importa en las situaciones jurídicas subjetivas del administrado.

En primer lugar, dado el carácter facultativo de la norma (la Administración *podrá...*) ésta va dirigida esencialmente a la Administración, para lo cual no hubiera sido necesario establecerla pues si un órgano tiene facultad para dictar el acto, también se halla habilitado para suspender su ejecución y efectos, y lo mismo cabe decir, en cuanto a las facultades del órgano superior, siempre que la avocación fuere procedente o hubiera delegado en el inferior el dictado del acto.

En cuanto a las causales en sí mismas corresponde puntualizar lo siguiente: 1°) la razón de interés público resulta de una amplitud exagerada, aparte de que carecerá en general de sentido para el administrado, aunque se estableciera la suspensión obligatoria del

65 Art. 12, primera parte, LNPA. Se advierte que la norma transcripta ha seguido la misma tesis principista que formulamos en *La ejecutoriedad del acto administrativo*, pág. 68 y sigs., cuya orientación mantenemos en la presente obra. Véase COZZI, Adalberto E., "El proyecto de ley nacional de procedimientos administrativos y su reglamentación", *Ius*, nro. 19, págs. 167-168, quien señala la adhesión de los autores de la ley a la tesis que sustentamos en el texto.

66 CASSAGNE, Juan C., "La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549", ED, t. 42, pág. 835 y sigs.

acto en tales supuestos, por la sencilla razón de que persigue —en la mayor parte de los casos— la satisfacción de un interés privado; 2°) la causal del perjuicio grave, si bien implica el abandono de la fórmula del perjuicio "irreparable", podría haberse sustituido con el criterio del daño que hemos señalado, que concilia de una manera más justa los intereses de la Administración con los del particular o administrado; 3°) el criterio de la invalidez manifiesta para determinar la procedencia obligatoria de la suspensión del acto en sede administrativa resulta superior al de la gravedad del vicio (nulidad absoluta). A los fines de la suspensión no puede exigirse un criterio basado en la entidad del defecto que puede requerir investigaciones de hecho (cuando la invalidez no fuera manifiesta).

Por otra parte, de acuerdo a la sistemática de la ley, si la invalidez absoluta alegada fuere manifiesta, la Administración no puede limitarse a suspender el acto sino que está obligada, en principio, a revocarlo [67].

Cabe efectuar otro interrogante más. ¿Cómo puede la Administración determinar si una nulidad absoluta ha sido alegada fundadamente? Es evidente que sin analizar la situación fáctica y de derecho será imposible determinar tal circunstancia de antemano, salvo que la invalidez fuera manifiesta o que realice una investigación de hecho, donde recién podría hacerlo *a posteriori* de tal investigación [68].

12. CONTINUACIÓN. LA EJECUTORIEDAD Y EL PROBLEMA DE LA INTERRUPCIÓN DE LOS PLAZOS EN LA LNPA

Frente a la norma del inc. 7° del art. 1° de la LNPA que preceptúa la interrupción del curso de los plazos [69] corresponde preguntarse cómo se coordina tal disposición con el principio de la ejecutoriedad que consagra el art. 12 de la citada ley.

En nuestra opinión, el inc. 7° del art. 1° de la LNPA se refiere exclusivamente a los plazos estrictamente procedimentales, es decir, a

67 LNPA, art. 17, con las modificaciones de la ley 21.686.

68 En la misma línea interpretativa: HUTCHINSON, Tomás, *op. cit.*, t. I, pág. 270; sostiene que al "hablar la ley de 'alegación' y no de 'alegar y probar' se refiere a un vicio manifiesto".

69 Que dispone lo siguiente: "Sin perjuicio de lo establecido en el art. 12, la interposición de recursos administrativos interrumpirá el curso de los plazos, aunque aquéllos hubieren sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente por error excusable". La interpretación que damos en el texto es también la que cabe atribuir a nuestro juicio al art. 75 de la ley de procedimiento 7647 de la provincia de Buenos Aires.

los establecidos para reglar el procedimiento de impugnación de los actos en sede administrativa, pero no comprende a los plazos relacionados con el procedimiento de ejecución del acto administrativo (ej.: el acto administrativo que decreta la clausura de un establecimiento industrial por razones de insalubridad no puede ser suspendido ante la sola promoción de un recurso). En consideración con la interpretación expuesta, la norma de referencia comienza señalando "sin perjuicio de lo establecido en el art. 12...".

13. LA SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DISPUESTA EN SEDE JUDICIAL

Pese a que se trata de una materia típica del derecho procesal administrativo o contencioso-administrativo (en sentido amplio, según la terminología tradicional), por su vinculación estrecha con el principio de la ejecutoriedad [70], vamos a abordar el análisis de la suspensión judicial del acto administrativo [71] en sus grandes lineamientos, en esta parte de la obra [72], sobre la base del sistema vigente en el orden nacional.

El sistema argentino, si bien es más complejo, por haber distintos ordenamientos procesales en la Nación y en las provincias, presenta en el ordenamiento nacional tres cauces básicos para peticionar la suspensión de los efectos de un acto administrativo, a saber:

a) La medida cautelar autónoma o accesoria dentro de un proceso contencioso-administrativo, con fundamento en el art. 12 de la LNPA [73]. La suspensión que se obtenga, en tal caso, no impide, por su

70 CASSAGNE, Juan C., "Efectos de la interposición de los recursos y la suspensión de los actos administrativos", ED, t. 153, pág. 994.

71 DROMI, José R., *Acto administrativo*, pág. 139 y sigs.

72 Aparte de ello, la doctrina procesalista no ha efectuado aún el estudio sistemático y completo de la suspensión judicial del acto administrativo; véase PODETTI, Ramiro J., *Tratado de las Medidas Cautelares*, 2ª ed., pág. 385 y sigs., quien sólo trata la prohibición de innovar, la cual ha sido objeto de numerosos trabajos especiales; LINARES, Juan F., "La prohibición de innovar - Bases para su sistemática", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, noviembre-diciembre 1942, pág. 821; SPOTA, Alberto G., "Fundamento jurídico de la medida de no innovar", JA, t. II, pág. 232; REIMUNDIN, Ricardo, "La suspensión del acto administrativo como medida de 'no innovar'", JA, t. 1967, t. IV, pág. 280 y sigs.; GRAU, Emilio, "Suspensión del acto administrativo y medida de no innovar contra el Estado", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 1965, t. III, pág. 239 y sigs. Un completo análisis de la jurisprudencia federal sobre el punto puede verse en GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, "Las medidas cautelares contra la Administración Nacional", LL, t. 1996-B, pág. 1052.

73 BARRA, Rodolfo Carlos, *op. cit.*, págs. 423-424. HUTCHINSON, Tomás, "La suspen-

naturaleza cautelar, la aplicación analógica de los preceptos del derecho procesal [74].

Las causales que prescribe esta norma son tres:

a.1. Alegación fundada de una nulidad absoluta. Si el respectivo vicio fuera manifiesto y la Administración no suspende el acto hallándose obligado a ello (pues el acto carecería, en tal caso, de presunción de legitimidad), el juez puede decretar la suspensión de los efectos del acto administrativo [75]. En los otros supuestos (nulidad absoluta no manifiesta, actos anulables o de nulidad relativa, omisiones ilegítimas, etc.) se puede acudir, por analogía, a la prohibición de innovar legislada en el art. 230 del CPCCN o a las medidas cautelares genéricas previstas en el art. 232 de dicho Código.

a.2. Existencia de perjuicios graves al particular. Aquí el criterio general que hace a la gravedad del perjuicio no exige la demostración estricta de su irreparabilidad refiriéndose a la imposibilidad o a las dificultades que puedan existir para compensar los daños o reponer las cosas a su estado anterior o también, cuando la ejecución del acto durante el tiempo de duración del proceso no resulta adecuadamente compensable con una indemnización [76]. Finalmente, hay que tener en cuenta la regla según la cual la suspensión procede cuando los daños que provoca la ejecución del acto administrativo resultan, en términos generales, de mayor trascendencia y gravedad que los que ocasiona la suspensión, lo cual debe medirse conforme a las pautas que proporciona el principio de razonabilidad.

a.3. Razones de interés público. La ponderación que se haga sobre este requisito para autorizar la suspensión no puede ser negati-

---

sión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo", ED, 124-677 y sigs.

74 ULLA, Decio C. - LEPENIES, Irmgard E., "La tutela cautelar administrativa", REDA, nro. 4, pág. 262, Buenos Aires, 1990.

75 FONT LLOVET, Tomás, "Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos", REDA, nro. 34, pág. 477, y sigs., Madrid, 1982, sostiene que "...cuando fallan los requisitos mínimos, cuando están ausentes las más elementales apariencias externas de legitimidad deja de operar, ya desde el inicio, la regla de la eficacia inmediata de los actos administrativos" (*op. cit.*, pág. 485). Hay que advertir, sin embargo, que en la doctrina española, la nulidad absoluta se asimila a la nulidad manifiesta, lo que no siempre ocurre en el derecho argentino, pues puede haber una causal de nulidad relativa que aparezca de un modo notorio y manifiesto (ej. incompetencia en razón del grado). Del hecho de que la propia ley española de Procedimiento Administrativo considere como nulidad absoluta el supuesto de incompetencia manifiesta no puede inferirse la asimilación entre ambas categorías de invalidez, distinción que tiene su proyección procesal en materia de la suspensión de los efectos administrativos.

76 Cfr. MAIRAL, Héctor A., *op. cit.*, t. II, págs. 818-819.

va, puesto que no cabe exigir la prueba de que no se afecta el interés público sino la demostración de que existen razones de esa índole que justifican la medida suspensiva, cuya fuerza de convicción llevan al juez a concederla. Debe tratarse, en los distintos supuestos, no del interés público genérico sino de un interés público específico, de singular trascendencia, cuya prevalencia exige la ejecución inmediata del acto [77].

En todos los casos descriptos, basta la ocurrencia de una sola de las causales para obtener la medida cautelar suspensiva debiéndose peticionar la suspensión primero ante la Administración y luego, si ésta la rechaza o no se expide en el término de diez (10) días [78], queda expedita la posibilidad de acudir a la justicia. A este respecto, en nuestro sistema constitucional, la potestad de los jueces es plena y no meramente revisora, pudiendo incluso apartarse de los criterios discrecionales que esgrima la Administración (cuando exista un bloque de discrecionalidad en la decisión) y controlar no sólo los elementos reglados y conceptos jurídicos indeterminados, sino la parte propiamente discrecional del acto, en caso de arbitrariedad o irrazonabilidad.

b) Medida cautelar autónoma o accesoria dentro de un proceso contencioso-administrativo, con fundamento en los arts. 230 y 232 del Código Procesal Civil y Comercial, aplicables por analogía.

En tales casos, la medida se decreta *inaudita parte,* requiriéndose la concurrencia de dos requisitos simultáneos, que son la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, a los que la jurisprudencia les ha añadido —en alguna circunstancias— otros dos: la existencia de graves perjuicios y la condición de que la medida no afecte el interés público.

b.1. La verosimilitud del derecho. Este requisito, denominado también *fumus bonis juris,* alude a la apariencia de buen derecho que constituye una especie de legitimación que juega como una condición de apertura y fundamentación del procedimiento cautelar. Por ello, pensamos que no resulta imprescindible acreditar la presencia de una nulidad o ilegalidad manifiesta para que este recaudo se dé por cumplido [79], sino que basta con que el vicio alegado sea verosímil

77 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La suspensión de la ejecución del acto objeto del recurso administrativo", REDA, nro. 5, pág. 254, Madrid, 1975, y FONT LLOVET, Tomás, "Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos", REDA, nro. 34, pág. 482, Madrid, 1982.

78 Por aplicación del plazo general establecido en el art. 1°, inc. e), ap. 4°) de la LNPA.

79 Sin perjuicio de la posibilidad de darlo por cumplido, desde luego, en los casos de nulidad manifiesta, véase: MAIRAL, Héctor A., *op. cit.*, t. II, págs. 810-812. Ver también:

o que la situación jurídica unilateral o contractual [80] permita inducir, *prima facie,* la configuración del *fumus bonis juris.*

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia del fuero contencioso-administrativo federal ha decidido que existe la apariencia de buen derecho cuando se peticiona la suspensión de los efectos de un decreto del Poder Ejecutivo que notoriamente excede su competencia constitucional al prescribir el establecimiento de un tributo que sólo puede ser impuesto por el Congreso [81].

b.2. El peligro en la demora. Se refiere al peligro que puede ocasionarse al actor si a la hora de ejecutar la sentencia y de mantenerse o alterarse la situación de hecho o de derecho existente, dicha ejecución se convierta en ineficaz o imposible.

Este recaudo es de naturaleza típicamente procesal pues no hace al fondo de la cuestión, y como tal, tiene que apreciarse como amplitud, debiéndose darlo por cumplimentado en supuestos de duda, dado que se hallan involucradas en esta cuestión la garantía de la defensa y la igualdad de las partes en el proceso.

b.3. La gravedad del perjuicio. Aparte de la entidad del daño, que excluye los perjuicios leves, el criterio correcto para establecer la concurrencia de este requisito es el de la proporcionalidad, en cuanto exceda considerablemente el impacto disvalioso o perjudicial que ocasiona la suspensión del acto administrativo [82].

En lo que atañe a la exigencia de que el perjuicio sea irreparable, pensamos que debe descartarse no sólo porque no es requerida por la ley sino porque conduce a justificar la reparabilidad del daño en base al dogma de la solvencia del Estado, cuya arcaica fundamentación conduce a legitimar verdaderos despojos e injusticias privando de real contenido a la garantía de la propiedad prescripta en el art. 17 de la Const. Nac.

Interesa poner de resalto también que la jurisprudencia viene sosteniendo en forma reiterada, que a mayor verosimilitud del dere-

---

Gallegos Fedriani, Pablo, quien considera necesario que se acredite la manifiesta arbitrariedad del acto recurrido (*op. cit.*, pág. 2).

80 La jurisprudencia ha señalado que la verificación de este requisito no exige un examen exhaustivo y que corresponde darlo por cumplido cuando surge *prima facie* de los términos del contrato de concesión de servicios públicos y de un convenio posterior celebrado entre las partes (cfr. CNac. Fed. Cont. Adm., Sala III, *in re* "Baiter, SA c/ Estado Nacional (Ministerio de Obras y Servicios Públicos)", publicado en ED, 107-419 y sigs., con comentario de Barra.

81 "Video Cable Comunicación, SA c/ Instituto Nacional de Cinematografía y otros s/ varios", CNac. Fed. Cont. Adm., Sala III, causa 29.293 del 16-VII-1992.

82 Cfr. MAIRAL, Héctor A., *op. cit.*, t. II, pág. 816.

cho no cabe ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño, y a la inversa, que cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad, el rigor del *fumus bonis juris* se puede atenuar [83].

b.4. El interés público. Otra jurisprudencia viene exigiendo, desde hace varios años, en determinados casos, que la suspensión ha de otorgarse sin afectar el interés público.

Por su imprecisión y ambigüedad, una interpretación rigurosa sobre este requisito conduce prácticamente a negar casi siempre la procedencia de las medidas cautelares, lo cual traduce *a priori* una suerte de denegación de justicia.

Por ello, resulta necesario partir del principio opuesto, juzgando las situaciones de duda a favor del pretensor (con las debidas contracautelas) en base a una serie de pautas interpretativas que impidan que la tutela judicial efectiva sea, en materia de medidas cautelares, un principio vacuo.

Entre estas pautas interpretativas cabe señalar: 1) la decisión sobre la apreciación si se afecta o no el interés público corresponde al tribunal y no a la Administración, en mérito a que ésta no puede ser al mismo tiempo juez y parte; 2) el interés público a ponderarse no es el del acto en sí mismo sino el que se conculca con la medida suspensiva, debiendo tratarse —como se ha señalado— de un interés específico y concreto que exija la ejecución inmediata del acto, la cual no se puede fundamentar en un mero interés público de tipo genérico; 3) frente a una ilegalidad manifiesta no se puede invocar el interés público para denegar la medida precautoria de suspensión de los efectos; 4) el interés público no es siempre el interés que persigue la Administración sino el que representa el interés de la comunidad; y 5) en la ponderación hay que hacer un balance entre el daño a la comunidad y el que se le ocasiona a quien demanda la suspensión.

c) Como medida dentro de la acción de amparo, prevista en la ley 16.986, contra actos que adolecen de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y siempre que se lesionen los derechos y las garantías prescriptos en la Constitución [84], habiéndose admitido dentro de esta vía

83 CNac. Fed. Cont. Adm., Sala I, "Cas TV SA y otras c/ Estado Nacional y otro", sentencia de fecha 6-VI-1990.

84 La jurisprudencia de la Corte Suprema no ha fijado al respecto líneas muy definidas. Véase: *Fallos*, 267:411 y 299:20, y LL, 127-478, donde se acogieron demandas de amparo en las que la pretensión equivalía a una medida precautoria. Esta postura fue sostenida por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal en el caso: "Hugues Tool Company SA c/ Gobierno Nacional (Ministerio de Economía)", publicado en LL, t. 1984-D, pág. 363, con nota de Vanossi, quien señala que "no

la posibilidad de suspender actos de alcance general (doctrina de la Corte en el caso "Outón").

Por otra parte deben concurrir los requisitos positivos y negativos que regla la ley 16.986. Entre los primeros, el art. 1° de dicha ley prescribe los siguientes: 1°) La lesión, restricción o amenaza de un derecho o garantía constitucional, a excepción de la libertad individual tutelada por el *hábeas corpus;* 2°) Que dicha lesión, restricción o amenaza opere en forma actual o inminente; y 3°) Que adolezca de arbitrariedad [85] o ilegalidad manifiesta. En cuanto a los requisitos negativos, el art. 2° estatuye que no procederá el amparo cuando: 1°) Existan recursos administrativos o judiciales que permitan obtener la protección de los derechos o garantías constitucionales vulneradas; 2°) El acto impugnado emanara de un órgano Judicial o hubiera sido dictado por aplicación expresa de la Ley de Defensa Nacional [86]; 3°) La intervención judicial comprometiera la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado [87].

Finalmente, de cara a los ordenamientos locales surge la necesidad de encarar en el futuro la reforma de los códigos provinciales en lo contencioso-administrativo, ya sea para abandonar el criterio del perjuicio irreparable, autorizando la suspensión cuando se demuestra que la suspensión resulta menos dañosa que el cumplimiento del

---

hay ninguna disposición legal que prohíba utilizar preventivamente al amparo, como lo hizo la actora, para suspender preventivamente el acto recurrido". Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó dicha sentencia en un fallo que motivó la acertada crítica de Miguel M. Padilla, ED, 113-351). En el fallo de la Corte dictado el 7 de marzo de 1985, se hace suyo el argumento del Procurador General de la Nación, Juan Octavio Gauna, en el sentido de que la solvencia del Estado garantiza la plena cobertura de los daños y deja sin sustento la irreparabilidad de los perjuicios como fundamento de la suspensión. No podemos menos que discrepar con la resurrección de una teoría antigua, hoy superada, que desconoce, en los hechos, una de las conquistas más grandes del derecho administrativo de este siglo que, sin duda, ha sido el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por los daños causados por sus funcionarios y empleados.

85 Al respecto, la Corte ha expresado que la sola afirmación de arbitrariedad no basta para suspender la ejecutoriedad del acto administrativo (caso "Zabalía, Carlos N.", ED, t. 23, pág. 12).

86 Ver las críticas que formula Robredo al respecto en: "La acción de amparo y la reciente ley 16.986", LL, t. 124, pág. 1296, que compartimos, ya que de acuerdo al texto de la ley cualquier acto de un organismo creado por dicha ley resulta inatacable por la vía del amparo, lo cual resulta exagerado.

87 La determinación de tales causales corresponde a los jueces, por cuya razón estimamos excesiva la crítica de Robredo (*op. cit.* pág. 1296), pues el interés público debe prevalecer aquí sobre los intereses individuales, que en tales casos deben canalizarse a través de los mecanismos ordinarios de protección.

acto, como asimismo para implantar en todos los sistemas el criterio de la ilegalidad manifiesta como causal genérica de suspensión del acto administrativo por los jueces, sin perjuicio de la facultad que se acuerde a los órganos judiciales para autorizar en casos de urgencia o perjuicios al interés público el levantamiento de la suspensión, declarando a cargo de la Administración la responsabilidad por los daños que pudieran acaecer [88].

14. LA EJECUTIVIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Precisada la noción de ejecutoriedad resta ahora analizar si cabe reconocer la existencia de otro carácter del acto administrativo: su ejecutividad. Tanto en el campo doctrinario como legislativo y jurisprudencial, el panorama no puede ser más complejo por la diversidad de las terminologías existentes que conspiran contra la dilucidación de una cuestión tan fundamental dentro del régimen jurídico del acto administrativo. En nuestra opinión, no debe perderse de vista la circunstancia de que la noción que se adopte, debe servir para explicar qué acontece en la realidad, es decir, qué sentido tiene en nuestro país hablar de acto administrativo ejecutivo, procurando aclarar en la medida de lo posible los desacuerdos existentes.

Si se analiza qué sucede en la doctrina comparada, observamos que algunos autores se han preocupado de distinguir entre la ejecutoriedad y la ejecutividad. En este sentido, se ha considerado que la ejecutividad se refiere genéricamente a cualquier acto administrativo y es sinónimo de eficiencia del acto, mientras que la ejecutoriedad implica llevar la ejecución adelante hasta sus últimas consecuencias, aun contra la voluntad del administrado [89].

88 Tal como lo preceptúa el art. 14 del Código de Corrientes citado. El criterio de ilegalidad manifiesta para tomar procedente la suspensión del acto impugnado aparece recogido en el Código Procesal Contencioso-administrativo de la provincia de La Pampa (art. 62) aprobado por ley 952 de fecha 12-IX-1979. A su vez, la ley 11.330 de la provincia de Santa Fe (BO, del 29-I-1996) que rige el contencioso-administrativo local prescribe la facultad de pedir que se decrete la suspensión de la ejecución de la medida administrativa impugnada la que "procederá si *prima facie* apareciese verosímil la ilegitimidad de la resolución cuestionada o cuando su cumplimiento hubiese de ocasionar perjuicios graves o de reparación difícil o imposible si llegase a prosperar el recurso" (art. 14 *in fine*). La solución legislativa santafecina que abandona el criterio del daño irreparable (como exclusivo) resulta técnicamente correcta; distinguiendo, además, las medidas cautelares genéricas (donde exige que se configure el peligro en la demora) de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos.

89 Así: RODRÍGUEZ MORO, en *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo*, págs. 32-33, Madrid, 1949; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 490.

En el mismo sentido, se ha considerado que la "ejecutividad es propia de cualquier acto administrativo en cuanto significa la condición del acto que pueda ser efectuado. Ejecutividad equivale por lo tanto a eficacia en general" [90].

Tal tesitura, que no ha podido lograr uniformidad en los autores ni en la jurisprudencia de esos países, ha pretendido ser trasplantada a nuestro país por un sector de la doctrina [91] que caracteriza como ejecutivo, exigible u obligatorio al acto que debe cumplirse.

En nuestra opinión, esta postura traduce la aplicación de la antigua concepción entre validez y eficacia del acto administrativo. El acto administrativo que debe cumplirse es aquel que posee presunción de legitimidad, que en principio, será todo acto válido o aquel cuya invalidez no fuera manifiesta.

Tampoco creemos que sea conveniente abandonar la utilización del término ejecutoriedad y emplear en su lugar la palabra ejecutividad, como lo propicia otro sector doctrinario [92] pues consideramos que no obstante la procedencia italiana del vocablo, se trata de una terminología ya incorporada a nuestro lenguaje jurídico, que recoge un valor entendido por los destinatarios de las normas.

En nuestra opinión, la ejecutoriedad y la ejecutividad actúan en dos planos distintos: la primera hace a las facultades que tiene la Administración para el cumplimiento del acto administrativo, sin intervención judicial, utilizando excepcionalmente la coacción; la ejecutividad en cambio se refiere al título del acto en el plano procesal, siendo ejecutivo —conforme a todo nuestro ordenamiento jurídico procesal— aquel acto que, dictado con todos los recaudos que prescriben las normas legales, otorgue el derecho procesal de utilizar el proceso de ejecución [93]. El título ejecutivo del acto administrativo, no es

90 Continúa ZANOBINI: "...se dice que la vista y la aprobación y en general los actos de contralor, hacen ejecutivos a los actos a los que se refieren, porque con ellos estos últimos adquieren su eficacia y pueden ser realizados. La ejecutoriedad es propia solamente de los actos que imponen deberes positivos y negativos; ella presupone que el acto sea ejecutivo, es decir, eficaz y consiste en un modo particular de comportarse de tal eficacia que no tiene razón de ser sino en los casos de esta categoría: la posibilidad para la Administración de realizar el contenido del acto con el uso inmediato de los medios coercitivos" (*op. cit.*, t. I, págs. 373-374).

91 GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 2ª ed., pág. 131. Respecto de las imprecisiones y confusiones en la doctrina y jurisprudencia española véase: GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, págs. 533-534; en el mismo sentido, Ley de Procedimientos Administrativos de Córdoba 5360, art. 96.

92 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 279.

93 FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, pág. 143; SORACE, Doménico, *op. cit.*, págs. 74-75.

pues en nuestro país la regla o el principio, sino la excepción [94] y debe hallarse fundado en norma legal. Por otra parte, a diferencia del Derecho Privado, donde la creación del título ejecutivo proviene del obligado, la Administración Pública (cuando la norma legal la autoriza) es quien crea unilateralmente el título ejecutivo, siendo éste el rasgo fundamental que caracteriza la ejecutividad del acto administrativo. Ese acto debe tener forma inequívoca y certeza en el objeto y en el sujeto pasivo, de modo que no requiera una previa interpretación de su alcance [95].

15. EL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU CONDICIÓN INSTRUMENTAL

El problema básico en esta cuestión consiste en determinar si los documentos que emanan de funcionarios públicos en ejercicio de la función administrativa asumen el carácter de instrumentos públicos, con las consecuencias que el Código Civil les asigna en cuanto a su valor probatorio [96].

Sobre este punto, el art. 979, inc. 2°, del Cód. Civ. dispone que constituyen instrumentos públicos los que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado.

La cuestión estriba entonces en determinar qué se entiende por instrumento extendido por funcionario público en la forma que las leyes hubieren determinado. La doctrina ha dicho que, por una razón elemental de lógica, tal norma debe ser interpretada en forma restrictiva y que si bien todos los documentos administrativos son susceptibles de integrar, en principio, el género documentos públicos, sólo cuando la ley les atribuya ese carácter (estableciendo las formalidades del caso) podrá atribuirse carácter de instrumento público a tales documentos, en el sentido del art. 979 del Cód. Civ. y con las consecuencias previstas en los arts. 993, 994 y 995 de dicho Código en lo que respecta a su fuerza probatoria [97].

94 V.gr., las boletas de deuda en concepto de impuestos que autorizan el proceso de apremio.

95 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás, *op. cit.*, t. II, pág. 545, Madrid, 1977.

96 Arts. 993, 994 y 995 del Cód. Civ.

97 GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, 2ª ed., pág. 181; en el mismo sentido, COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. II, pág. 64 y sigs., Buenos Aires, Depalma, 1949. Ver el "Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital", JA, t. 1955, pág. 119 y sigs., que establece que un documento administrativo revestirá la condición de instrumento público solamente cuando una ley en forma expresa y para el caso particular lo prescriba. En contra: SPOTA, Alberto G., *Carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas*, comentando el fallo citado.

De aceptarse en cambio la tesis amplia, que atribuye condición de instrumento público, a todo documento administrativo, aparecería un obstáculo difícil de soslayar en cuanto al valor probatorio de los hechos pasados ante cualquier funcionario público, ya que conforme al art. 993 del Cód. Civ. el instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso "de la existencia de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por el mismo, o que han pasado en su presencia" [98].

Frente a la norma transcripta, no creemos que pueda interpretarse que en tales casos el funcionario sólo certifica el dictado del acto por él pues ello trastocaría toda la teoría general del instrumento público al negar la plena fe que tienen los hechos pasados en presencia de los escribanos o funcionarios públicos (estos últimos cuando la norma legal lo prescriba).

En el ejemplo que se suele citar del acta de infracción levantada por un oficial de policía es evidente que si tal documento fuera instrumento público, haría plena fe de los hechos (es decir, la infracción, datos del choque, lugar y hora) transcurridos en presencia de dicho funcionario público (art. 993, Cód. Civ.) [99]. Pero ocurre que tal documento no reviste la condición de instrumento público conforme a la interpretación que adoptamos sobre el art. 979 del Cód. Civ. y la carencia de autenticación que le atribuya tal carácter [100].

Por lo demás, debe pensarse también que en la mayoría de los casos, de atribuirse carácter de instrumento público a todos los documentos que acreditan la existencia de actos administrativos, las disposiciones del Código Civil serán aplicables para distintas situaciones jurídicas, tal como la que resulta de la doble calidad que reviste el funcionario público: 1°) como oficial público con las consecuencias del art. 993 del Cód. Civ.; 2°) como parte del acto.

Todo ello nos inclina a decidirnos por una interpretación finalista del art. 979, inc. 2° del Cód. Civ. y a exigir como garantía para la fe pública y el sistema probatorio de los documentos administrativos que constituyan instrumentos públicos, el requisito de la norma legal expresa y el cumplimiento de las formas prescriptas por las leyes y reglamentos.

98 Las meras actuaciones administrativas no son "instrumentos públicos", no siendo de aplicación los arts. 993, 994 y 995 del Cód. Civ.; sobre las orientaciones jurisprudenciales nos remitimos a lo expuesto en ED, t. 63, pág. 304.

99 GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 2ª ed., pág. 175.

100 CASSAGNE, Juan C., "Sobre la condición de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas y su valor probatorio", ED, t. 63, pág. 899.

Por de pronto, no siempre un documento público habrá de constituir instrumento público. En principio, por analogía con lo dispuesto en el inc. 4º del art. 979, los actos de los expedientes administrativos firmados por las partes, en los casos y con las formas que se prescriban, revestirán el carácter de instrumentos públicos cuando tales documentos traduzcan la actividad jurisdiccional de la Administración Pública, que nosotros hemos aceptado, con las limitaciones del caso (v.gr., en la actividad del Tribunal Fiscal de la Nación).

Finalmente, de lo expuesto surge que la condición de instrumento público, que excepcionalmente puede tener el acto administrativo, no puede confundirse con la presunción de legitimidad ni con la ejecutividad del mismo.

En efecto, la presunción de legitimidad —que nunca reviste carácter absoluto— se refiere al acto jurídico administrativo, mientras que la condición de instrumento público hace a la faz instrumental de dicho acto, es decir, al valor probatorio del documento que acredita su existencia, a su autenticidad. En lo que respecta al carácter ejecutivo se trata también de una cuestión totalmente distinta; ella se refiere al título procesal que caracteriza al acto administrativo en algunas circunstancias y que hace posible que la Administración acuda al proceso de ejecución para hacer cumplir el acto contra la voluntad del administrado (en principio, en nuestro régimen jurídico en sede judicial; excepcionalmente por tribunales administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales). Por el contrario, el carácter de instrumento público hace fundamentalmente al valor probatorio, a la plena fe, de que goza el documento conforme a las normas del Código Civil a que nos hemos referido.

16. RETROACTIVIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. CASOS EN QUE SE ADMITE

Dentro de los principios que mantiene la jurisprudencia del Consejo de Estado francés se halla el referente a la regla de irretroactividad del acto administrativo, considerada un principio general de derecho que desempeña la función de tutelar la seguridad de las relaciones jurídicas [101]. Tal principio también es reconocido por la doctrina nacional [102].

101 BENOIT, Jeanneau, *Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Administrative*, pág. 92 y sigs., París, 1954.

102 DIEZ, Manuel M., *El Acto Administrativo*, pág. 493 y sigs.; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 386 y sigs.

Sin embargo, la aplicación retroactiva del acto administrativo puede aceptarse en determinadas situaciones jurídicas, asumiendo siempre un carácter excepcional y sin llegar —por ende— a constituir la regla general en esta materia [103].

¿Cuál es el fundamento de la irretroactividad del acto administrativo? El principio de no retroactividad [104] del acto administrativo constituye una consecuencia de la garantía genérica de no afectación de los derechos constitucionales que se han incorporado al patrimonio del administrado [105]. La irretroactividad del acto administrativo aparece en los otros supuestos impuesta como un principio esencial que hace al equilibrio de las relaciones entre el administrado y la Administración y a la estabilidad de las relaciones jurídicas legítimamente nacidas o extinguidas. Lo contrario sería postular un principio contrario a la naturaleza de las cosas, injusto e irrazonable [106].

¿En qué consiste la retroactividad? En general, ella se produce cuando los efectos jurídicos de un acto administrativo que se han generado antes de la vigencia del nuevo acto, aparecen reglados por éste [107], ya sea que:

a) se vuelva sobre la constitución o extinción de una relación jurídica administrativa ya constituida o extinguida;
b) se atribuyan distintos efectos al acto administrativo originario;
c) se reconozcan efectos anteriores a un acto sujeto a aprobación.

103 OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de, *op. cit.*, pág. 197. Desde el enfoque trialista, GOLDSCHMIDT ha sostenido en cuanto al objeto de la valoración que, en términos generales resulta lícito estatuir la retroactividad del acto, cuando la medida procura una nueva situación como consecuencia del estado ficticio del acto anterior (cfr. *op. cit.*, pág. 73).

104 Entendemos que la aplicación del art. 3° del Cód. Civ. procede para todo tipo de reglamentos, aun los autónomos. En contra, respecto de los reglamentos autónomos: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 392.

105 La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha rechazado la retroactividad de leyes que afecten derechos adquiridos de orden patrimonial (cfr. *Fallos*, 133:294; 178:22; 184:621; 202:5; etc.). Ver la crítica que a la tesis de los derechos adquiridos formula Borda en "La Reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo", ED, t. 28, pág. 69. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que no se pueden alterar las situaciones jurídicas concretas e individuales que hubiesen generado derechos adquiridos en cabeza de los agentes bajo la vigencia de legislaciones anteriores, véase el caso "De Martín, Alfredo c/ Gobierno Nacional", ED, t. 77.

106 Ver BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, pág. 812.

107 SOTO KLOSS, Eduardo, "L'entrée en application de l'acte administratif", en *Separata Homenaje a Sayagués Laso* (Uruguay), pág. 734. Según GARCÍA TREVIJANO FOS, la irretroactividad se aplica a los efectos consumados, pero no para los efectos futuros (*op. cit.*, t. II, pág. 298).

Los principales casos en que excepcionalmente se admite la retroactividad del acto administrativo, los cuales reposan sobre distintos fundamentos, se refieren:

1) Un primer grupo de actos donde se admite la retroactividad es en aquellos supuestos en que ella se opera a favor del administrado [108], ya que al ampliarse la esfera de los derechos de éste, queda sin sentido la garantía que procura tutelar la regla general de la irretroactividad del acto administrativo.
2) La revocación por razones de ilegitimidad [109]. En este sentido, podría pensarse que la revocación por razones de ilegitimidad no tiene siempre efectos retroactivos (*ex tunc*) y que es necesario analizar caso por caso, a fin de no incurrir en errores [110]. Sin embargo, dicho criterio resulta casuista y a nuestro juicio no responde a ningún principio jurídico ni norma de derecho positivo, aparte de que procura la consolidación de los efectos ya operados de situaciones jurídicas declaradas inválidas, lo cual no es la finalidad del instituto de la revocación por razones de ilegitimidad que tiende a restablecer el imperio de la ley y del derecho, sino que es propio de la prescripción. Entendemos, en cambio, que el fundamento es por demás claro y deriva del sistema de la invalidez administrativa, donde en atención a la finalidad de interés público que persigue la Administración, finalidad social en suma, los efectos de la declaración de invalidez son en principio retroactivos [111], salvo supuestos de excepción.
3) El saneamiento del acto administrativo, que como se ha visto, sólo procede respecto de los actos que adolecen de nulidad

108 LNPA, art. 13, *in fine*, que expresamente lo prescribe. Debemos puntualizar que la doctrina nacional no se ha ocupado hasta el presente de sistematizar los principales casos donde resulta procedente la retroactividad del acto administrativo.

109 Cfr. GRAU, Armando E., "Resumen sobre la extinción de los actos administrativos", JA, t. 1961-I, sec. doct., pág. 40, quien emplea el término anulación para designar la extinción del acto por razones de legalidad, ya sea que ella se decrete en sede administrativa como en sede judicial.

110 GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 2ª ed., págs. 381-382.

111 Hemos señalado precedentemente otras circunstancias para atribuir efectos retroactivos al acto que declara la invalidez como la presunción de que la Administración siempre actúa de buena fe y la facultad que tiene la Administración para crear unilateralmente vínculos obligatorios. También dijimos que nada conduce en el derecho administrativo a establecer un criterio contrario (en este punto) a la solución que consagra el derecho privado donde la nulidad tiene siempre efectos retroactivos entre partes y donde, la irretroactividad juega para proteger los derechos de terceros de buena fe.

relativa. Aquí el fundamento, aparte de su origen legal [112] se impone por la necesidad de otorgar validez a efectos ya producidos de un acto inválido, pues de lo contrario no habría saneamiento, sino prácticamente un nuevo acto administrativo.

4) El acto administrativo de aprobación. A través del mismo se confiere retroactividad a los efectos del acto sujeto a tal requisito, ya que se trata de un acto simple (no complejo) de carácter declarativo [113].
5) La extinción del acto administrativo que dispuso la revocación de un acto que gozaba de estabilidad [114] ya que la propia naturaleza del acto lo exige para su vigencia, que no se concibe sin el reconocimiento retroactivo de los efectos del acto ilegítimamente revocado.
6) Cuando una ley de orden público prescriba la retroactividad de determinados actos administrativos siempre que no se afecten derechos patrimoniales ya incorporados a la esfera jurídica del administrado [115].
7) En los supuestos en que la retroactividad haya sido pactada contractualmente siempre que no configure una cláusula abusiva e irrazonable [116].

112 LNPA, art. 19, *in fine*.

113 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 620-621; quien sostiene que se trata de un acto simple.

114 Cfr. GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 2ª ed., pág. 157.

115 Por ejemplo, una ley que prescribiera la extinción de todos los permisos de importación otorgados por la Administración con anterioridad a determinada fecha, cuando el administrado no hubiera hecho efectiva la misma dentro del plazo que razonablemente fija la norma.

116 Véase al respecto: DIEZ, quien cita un caso resuelto por el Consejo de Estado francés donde se declaró ilegal la cláusula del pliego de condiciones de una empresa eléctrica que admitía la posibilidad de que la Administración modificara retroactivamente las tarifas (*op. cit.*, págs. 497 y 498, *in fine*, nota 13). *Vide* también: GARCÍA TREVIJANO FOS, José A., *op. cit.*, pág. 339, quien recoge nuestra opinión sosteniendo criterios similares.

CAPÍTULO VII

EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

1. Consideraciones terminológicas y metodológicas acerca de la extinción del acto administrativo. Tendencias actuales.
2. Concepto de extinción. La llamada "cesación o extinción de efectos".
3. Aclaración, rectificación y modificación o reforma del acto. Diferencias con la extinción.
4. Los causales de extinción en particular. El agotamiento. Lo relativo a la imposibilidad de cumplir el acto.
5. Extinción que depende de la voluntad del administrado.
6. Extinción del acto dispuesta por la Administración. Distintos supuestos:
   A) Revocación.
   B) Caducidad.
7. El principio de la irrevocabilidad. Evolución y crisis de la denominada "cosa juzgada administrativa".
8. Análisis de la denominada "cosa juzgada administrativa", según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
   A) Ausencia de norma legal que autorice a la Administración a revocar el acto.
   B) Que el acto sea unilateral.
   C) Que se trate de un acto individual o concreto.
   D) Que el acto provenga de la Administración activa.
   E) Que declare derechos subjetivos.
   F) Que cause estado.
   G) Que el acto haya sido dictado en ejercicio de facultades regladas.
   H) Que se trate de un acto regular.

9. El sistema de la LNPA. Crítica.
   A) Acto irregular.
   B) Acto regular.
10. La falta de conexión entre estabilidad y revocación por oportunidad, mérito o conveniencia.
11. La aplicación de la regla de la estabilidad a los contratos administrativos.
12. Revocación por ilegitimidad sobreviniente o cambio del derecho objetivo.
13. La revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.
14. Revocación de la autorización para construir: distintos supuestos.
   A) Revocación por legitimidad.
   B) Revocación por razones de interés público.
15. Otros casos de revocación.
16. Efectos del acto de revocación.
17. La caducidad del acto administrativo.
18. Caducidad y mora automática.

CAPÍTULO VII

EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. CONSIDERACIONES TERMINOLÓGICAS Y METODOLÓGICAS ACERCA DE LA EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO. TENDENCIAS ACTUALES

El análisis de las distintas terminologías existentes en materia de extinción del acto administrativo revela que muchas de ellas trasuntan meros desacuerdos semánticos, cuya diferente denominación oculta a veces una gran identidad en cuanto al contenido conceptual del vocablo utilizado.

Tal fenómeno se advierte —por ejemplo— en lo que respecta al empleo del término "revocación", que de acuerdo a un sector de la doctrina nacional y extranjera [1] sólo comprende la extinción del acto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, reservando el vocablo "anulación" o "invalidación", para nominar la extinción que se decreta en sede administrativa por razones de ilegitimidad, en una postura que si bien no ha sido la predominante, fue acogida a veces por la práctica administrativa argentina [2].

Del mismo modo, en el plano metodológico, un sector de la doctrina opta por distinguir la "cesación de los efectos" o extinción de los efectos, de la extinción propiamente dicha [3] sin esgrimirse razones suficientes de régimen jurídico que justifiquen una separación conceptual de las causales de extinción.

1 LÓPEZ MEIRELLES, Hely, *Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 172, São Paulo, 1978; OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de, *op. cit.*, pág. 171.

2 En tal sentido, en algunas ocasiones en que se ha extinguido un acto administrativo por razones de ilegitimidad en sede administrativa se ha utilizado la expresión "anúlase... etc.".

3 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 398; GRAU, Armando E., "Resumen sobre la extinción de los actos administrativos", JA, t. 1961-I, sec. doct., pág. 40.

Dentro de la metodología que vamos a desarrollar y como consecuencia de la concepción amplia en punto a la estructura del acto administrativo que se ha adoptado, analizaremos seguidamente aquellas causales de extinción que resultan comunes tanto a los actos unilaterales como a los bilaterales en su formación o efectos, dejando de lado las causales específicas de extinción de los contratos, por entender que su estudio corresponde abordarse al tratar su teoría general. Esta postura no excluye pues, el análisis de las causales de extinción que resultan comunes a ambas especies (actos unilaterales y bilaterales) del género acto administrativo [4].

Las tendencias imperantes durante gran parte de este siglo proclamaron una mayor concentración del poder estatal en el Poder Ejecutivo como consecuencia del cumplimiento de numerosas funciones sociales por parte del Estado en casi todos los países del mundo, aun los que han sido considerados típicos representantes del sistema capitalista [5], todo lo cual condujo a un aumento de las prerrogativas públicas para alcanzar el mantenimiento de dos finalidades básicas: la protección de los derechos individuales y el bienestar social [6]. Pero, el modelo de Estado benefactor o intervencionista está siendo abandonado en la actualidad, advirtiéndose un proceso inverso que supone una mayor participación privada y el retorno de la Administración a sus funciones propias.

Por ello, se advierte una reacción generalizada contra las intervenciones que suele realizar el Estado en el campo económico-social, muchas de las cuales desnaturalizan —cuando no violan abiertamente— el principio de la subsidiariedad [7].

Se ha dicho que, tanto por su voracidad fiscalista como por sus desordenadas intervenciones, el Estado moderno desorganiza todo lo

4 En contra: FRAGOLA, Umberto, *Gli Atti Amministrativi*, Torino, 1952, pág. 86 y sigs.

5 Tal como aconteció en Francia, Alemania y España. Véase al respecto: BOQUERA OLIVER, José M., *Derecho Administrativo y Socialización*, págs. 58-67; donde se afirma: "La finalidad social de la legalidad requiere un poder fuerte encargado de su realización. Frente a la actitud liberal de mantener dividido, equilibrado el poder, como garantía de la libertad individual, surge la tesis social de lograr un poder eficaz, capaz de atender las necesidades sociales".

6 Que es tan opuesta a la legalidad socialista que propugnan los marxistas como a la vigente en el sistema liberal. Al respecto, BOQUERA OLIVER expresa: "quizás nada sea más urgente que tratar de mantener el equilibrio esencial a la legalidad social y desarrollar sus posibilidades hasta levantar sobre sólidas bases jurídicas en las que el hombre viva dignamente, con seguridad y también en libertad", *op. cit.*, pág. 41.

7 SACHERI, Carlos A., *El orden natural*, pág. 161 y sigs., Buenos Aires, 1979.

que toca debilitándose en la medida en que crece por la hipertrofia burocrática que se desarrolla en su propio seno [8].

Por esa causa, es necesario tener en cuenta la conveniencia de devolverle al Estado su verdadera misión, quitándole aquellas funciones innecesarias o las que puedan llevar a cabo, por sí mismos, los particulares. Pero el Estado debe indudablemente cumplir la función de estimular, proteger, controlar, orientando y coordinando las iniciativas privadas en el plano social y, al propio tiempo, actuar como árbitro sobre los diversos sectores de la sociedad, sin alterar los derechos y autorregulación legítima de los particulares, grupos sociales y comunidades intermedias [9].

Por lo demás, uno de los instrumentos jurídicos más importantes de que dispone la Administración Pública para mantener la legitimidad y perseguir el bien común, cuando ella no resulta observada, es la extinción del acto a través de sus distintas especies, especialmente por intermedio de la revocación (por razones de mérito y de ilegitimidad) y la caducidad.

2. CONCEPTO DE EXTINCIÓN. LA LLAMADA "CESACIÓN O EXTINCIÓN DE EFECTOS"

La eliminación o supresión de los efectos jurídicos del acto administrativo se designa con el término extinción, que comprende a aquellas situaciones en que el acto cesa de operar sus efectos por causas normales o anormales sin que se requiera el dictado de un acto específico, como los supuestos en que la eliminación del acto del mundo jurídico no se produce sino a través de otro acto que trasunte la voluntad administrativa de extinguirlo, ya se trate de actos válidos o de actos afectados de invalidez.

Pero esta postura no es pacífica en la doctrina, donde un sector no acepta que un concepto genérico pueda abrazar todas las causales de extinción. Así, se ha sostenido que es necesario distinguir la "cesación de los efectos" de la extinción del acto administrativo, por cuanto la cesación apareja la idea de algo que ocurre normalmente, de acuerdo a lo previsto de antemano, mientras la extinción se opera por circunstancias que derivan de situaciones surgidas *a posteriori* [10]. Por

8 THIBON, Gustave, *El Equilibrio y la Armonía*, pág. 284, trad. del francés, Madrid, 1978.

9 SACHERI, Carlos A., *op. cit.*, pág. 168.

10 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 398.

su parte, otro sector se enrola en una corriente restrictiva del concepto al distinguir entre "extinción de los efectos" y "extinción del acto", según que se requiera o no el dictado de otro acto, emitido por un órgano administrativo, legislativo o judicial [11].

No advertimos las ventajas de separar el campo de las causales de extinción; es más, creemos que tales distinciones no trasuntan diferencias que justifiquen su apartamiento del concepto general de extinción pues siempre se opera la supresión de los efectos jurídicos del acto, sea éste válido o inválido o que la extinción se produzca como consecuencia de una causal prevista o que surja con posterioridad al nacimiento del acto.

3. ACLARACIÓN, RECTIFICACIÓN Y MODIFICACIÓN O REFORMA DEL ACTO. DIFERENCIAS CON LA EXTINCIÓN

Cuando el acto administrativo dictado plantea dudas en punto a su interpretación, el órgano que lo dictó (que es el único que puede realizar su interpretación auténtica) se halla facultado para emitir un acto aclaratorio, cuya interpretación tiene efectos retroactivos [12]. No creemos que quepa distinguir entre acto aclaratorio e interpretación auténtica, en el sentido de que el primero importa una modificación del acto mientras la interpretación "no se incorpora al contenido del acto sino que opera en su funcionamiento" [13]. Lo que ocurre es otra cosa bien distinta: la interpretación auténtica puede darse tanto en el funcionamiento del acto a través de la conducta que frente al mismo asuma la Administración como por medio de otro acto que aclare aquel sobre el que existan discrepancias de interpretación. El acto aclaratorio no modifica, pues, el acto interpretado, no integra en definitiva su contenido, sino que tan sólo lo interpreta.

La rectificación, en cambio, se refiere a la corrección de un error material del acto administrativo, especialmente cuando tal error sea manifiesto y de fácil verificación, y surja de la confrontación con las constancias del propio acto, pues de lo contrario se estará ante el vicio de error en la voluntad administrativa, el cual, según su entidad, es susceptible o no de saneamiento. Asimismo, la omisión intrascendente da lugar a la rectificación del acto [14].

11 GRAU, Armando E., *op. cit.*, págs. 1-2.
12 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, págs. 406-407.
13 Como lo sostiene GORDILLO, *op. cit.*, 2ª ed., pág. 387.
14 ESTRADA, Juan Ramón de, *op. cit.*, revista EDLA, t. 1978, pág. 956.

La rectificación si bien modifica materialmente el contenido del primer acto, no altera su sustancia. Su procedencia es excepcional y tiene siempre efectos retroactivos [15].

Por reforma del acto administrativo se entiende la extinción parcial del acto administrativo o la ampliación de su objeto, por razones de ilegitimidad o de mérito, oportunidad o conveniencia, la que puede realizarse por el propio órgano que dictó el acto, o por el órgano superior, cuando se ejercita el control jerárquico, en principio. En el mismo sentido, en la doctrina italiana se habla de modificación del acto administrativo [16]. Cuando se produzca la extinción parcial del acto administrativo, regirán los principios atinentes a la revocación por razones de ilegitimidad o de mérito, es decir, que existirá o no la obligación de indemnizar al particular o administrado, según los casos.

Ahora bien: ¿cuáles son las diferencias existentes entre dichos conceptos jurídicos y la extinción del acto administrativo? En primer lugar, en la aclaración y en la rectificación no hay supresión o eliminación de ningún efecto, ya que el acto originario se mantiene subsistente. En lo que respecta a la reforma puede ocurrir una extinción parcial de efectos, pero en sí, el acto no se elimina, sino que se transforma. Pero también, puede acontecer que no se extinga ningún efecto del acto, cuando la reforma consista en una ampliación del objeto del acto administrativo (ej.: la ampliación territorial de un uso especial otorgado sobre un bien del dominio público).

4. LAS CAUSALES DE EXTINCIÓN EN PARTICULAR. EL AGOTAMIENTO. LO RELATIVO A LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR EL ACTO

En algunos supuestos la existencia del acto cesa sin necesidad de que el órgano estatal emita declaración alguna, es decir, independientemente del órgano que decreta la extinción.

Tal es lo que acontece con el "agotamiento" del acto, que se produce cuando el acto ha sido cumplido produciendo todos sus efectos jurídicos [17] (v.gr., expiración del término en un permiso de uso de un

15 FOLIGNO, Darío, *L'Attività Amministrativa*, pág. 220, Milán, 1966.

16 Cfr. LANDI, Guido - POTENZA, Giuseppe, *op. cit.*, pág. 286.

17 Cfr. GRAU, Armando E., "Resumen sobre la extinción de los actos administrativos", JA, t. 1961-I, sec. doct., pág. 40. Véase: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús - GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, t. I, Madrid, 1997, pág 1067.

bien dominial; autorización para construir que se extingue cuando el particular ha realizado la construcción, etc.).

También se opera la extinción de pleno derecho del acto cuando el mismo no puede cumplirse por una imposibilidad física o jurídica de llevarlo a cabo —ya sea que ella surja en el momento de dictarse el acto, o bien, con posterioridad a su emisión—. En el primer supuesto, hay invalidez originaria tanto si falta el sustrato personal (vicio en el elemento sujeto) [18] como si la carencia se produce en el elemento objeto (imposibilidad física o jurídica) [19] que provoca la nulidad absoluta del acto. En el segundo caso, cuando la imposibilidad de cumplir el acto administrativo aparece con posterioridad al dictado del mismo, el acto no se convierte en ilegítimo, sino sencillamente de cumplimiento imposible [20] y su extinción se produce sin necesidad de declaración expresa de parte del órgano estatal.

5. EXTINCIÓN QUE DEPENDE DE LA VOLUNTAD DEL ADMINISTRADO

Otro grupo de situaciones jurídicas en el que se produce la extinción del acto administrativo, se halla constituido por aquellos casos en que la voluntad del administrado desempeña un papel decisivo en la eliminación del acto del mundo jurídico, o bien, cuando la conformidad del particular constituye un presupuesto esencial para la configuración del acto. Así, la extinción del acto administrativo puede operarse tanto a través de la renuncia del administrado (ej.: renuncia a un beneficio promocional otorgado) —siempre que no se trate de un derecho de orden público (que siempre es irrenunciable)— como también en el supuesto de que el particular no aceptara un acto que requiera su asentimiento para su entrada en vigencia (v.gr., otorgamiento de una beca) en cuyo caso el rechazo del administrado tiene efectos retroactivos [21].

18 V.gr., la muerte del beneficiario de un subsidio, antes de su otorgamiento, siempre que el respectivo derecho no fuera transmisible a sus sucesores.

19 Tal como sería el caso de una concesión de uso sobre un bien que había sido desafectado del dominio público (imposibilidad jurídica) o un permiso de uso de un puerto que había sido demolido (imposibilidad física).

20 Ej.: una multa fiscal —de carácter penal— se extingue por la muerte del sujeto obligado.

21 CASSAGNE, Juan C., *op. cit.*, Buenos Aires, 1978, pág. 378.

6. EXTINCIÓN DEL ACTO DISPUESTA POR LA ADMINISTRACIÓN. DISTINTOS SUPUESTOS

Los principales medios de extinción del acto en sede administrativa son la revocación y la caducidad.

Sin embargo, debemos puntualizar que en esta materia existen grandes desacuerdos doctrinarios que ocasionan la proliferación de diferentes y variadas terminologías, que obstan a que se alcance una mínima uniformidad convencional, tan necesaria a veces para despejar las confusiones semánticas y conceptuales.

A) Revocación

Sin la pretensión de agotar la mención de las nociones que postulan las doctrinas extranjera y nacional, en punto al concepto de revocación, ellas pueden agruparse en tres grandes corrientes doctrinarias.

Un primer criterio es el que postula un calificado sector de la doctrina francesa que ha pensado que lo fundamental es distinguir las especies de extinción conforme a los efectos *ex tunc* o *ex nunc* que la desaparición del acto ocasione. En tal sentido, se habla de *retiro* del acto para señalar la extinción con efectos retroactivos de una decisión administrativa (de alcance individual o general) y de *abrogación* para significar la extinción con efectos *ex nunc* de dicha decisión [22].

Una segunda corriente, pone en cambio el acento sobre la naturaleza de la causal que promueve la extinción. Si se trata de una extinción por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; dicho sector doctrinario emplea el vocablo *revocación*, mientras que prefiere designar bajo el nombre de *anulación*, o *invalidación*, al supuesto en que el acto se extingue por razones de ilegitimidad [23].

22 BENOIT, Francis P., *op. cit.*, págs. 567-570; LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, págs. 292-293; RIVERO, Jean, *op. cit.*, págs. 93-95; Waline, en cambio, utiliza una terminología distinta: la revocación constituye el género de extinción, cuyas especies son la abrogación (revocación no retroactiva de un reglamento) y el retiro (referido a los actos individuales exclusivamente). Sobre la anarquía jurisprudencial y doctrinaria que reina en Francia, véase: *El cambio de circunstancias como causal de modificación o extinción del acto administrativo en el derecho francés*, de SOTO KLOSS, Eduardo, RAP, nro. 64, págs. 59-61.

23 ALESSI, Renato, *La Revoca degli Atti Amministrativi*, págs. 2-5, Milán, 1956 y del mismo autor, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 350-351; ÁLVAREZ GENDÍN, Sabiniano, *Tratado General de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 350, Barcelona, 1958; DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 304; GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 107 actualizado por MARTÍNEZ USEROS, Madrid, 1968; GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 544.

Finalmente, el tercer criterio toma en cuenta el órgano que decreta la extinción del acto administrativo, denominando revocación a la que se opera en sede administrativa, ya sea que fuese originada por razones de mérito o conveniencia o que se funde en la ilegitimidad del acto, como consecuencia de un vicio cuya entidad torne procedente su extinción por el órgano administrativo, y reservando el término "anulación" para nominar la extinción del acto ilegítimo dispuesta en sede judicial [24].

Tal postura doctrinaria, que ha sido ya acogida por el derecho positivo nacional [25] ha contado con nuestra adhesión anterior [26]. Veamos las razones que justifican el mantenimiento de dicha opinión.

En efecto, el criterio que propugna un sector de la doctrina francesa, al distinguir entre retiro y abrogación peca del defecto de abordar la extinción del acto administrativo (de alcance individual) juntamente con el reglamento, los que se rigen por principios totalmente distintos, ya que mientras los primeros son, en principio, irrevocables, los segundos, son esencialmente revocables. Aparte de ello, la extinción de un acto administrativo opera, entre las partes, en principio, retroactivamente, ya sea que se trate de invalidez absoluta o relativa, sin perjuicio de la prescripción que pueda oponerse cuando el acto se hallare afectado de invalidez relativa.

En cuanto al segundo criterio, es decir, al que pretende distinguir entre la "revocación" por razones de mérito o conveniencia, por un lado, y la "invalidación" o "anulación", por el otro, por razones de ilegitimidad, resulta más adecuado a nuestro régimen jurídico reservar la expresión "anulación" o "invalidación" para indicar que dicha función es propia y exclusiva, en principio, de los jueces, y sobre todo, teniendo en cuenta los distintos efectos (absolutos) de la cosa juzgada judicial frente a la relatividad que entraña la decisión que se adopte en sede administrativa, susceptible de revisión por los órganos judiciales.

24 Es a nuestro juicio la postura dominante en Argentina; véase: LINARES, Juan F., *Cosa Juzgada Administrativa en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, págs. 39-40, Buenos Aires, 1946; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 571; GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, 2ª ed., pág. 422; SARRÍA, Félix, *Derecho Administrativo*, págs. 134-135, Córdoba, 1961; BIELSA, Rafael, *Sobre lo Contencioso-Administrativo*, pág. 46, Santa Fe, 1964; en el mismo sentido: SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 519.

25 LNPA, arts. 17 y 18, con las modificaciones de la ley 21.686.

26 CASSAGNE, Juan C., "La revocación del acto administrativo por falta de causa", ED, t. 38, pág. 291 y sigs.; y "Procedencia de la revocación de un acto administrativo por razones de ilegalidad en sede administrativa", RADA, nro. 3, pág. 111 y sigs.

B) Caducidad

En cuanto a la caducidad, si bien en nuestro país hubo autores que sostuvieron que se trataba de una especie de revocación [27] lo cierto es que se ha impuesto la tesis de considerarla como un medio particular de extinción del acto administrativo, distinto de la revocación, a través del cual se sanciona el incumplimiento de una obligación del particular o administrado [28], criterio que ha recogido el derecho positivo en el orden nacional [29].

No obstante haberse sostenido que la caducidad constituye un medio de extinción propio y exclusivo de los contratos administrativos en razón de que extinguen "relaciones" o "vínculos" [30], tales relaciones también pueden surgir del acto administrativo unilateral (ej.: caducidad de un beneficio promocional otorgado por incumplimiento de las obligaciones relativas al régimen de promoción industrial) [31].

7. EL PRINCIPIO DE LA IRREVOCABILIDAD. EVOLUCIÓN Y CRISIS DE LA DENOMINADA "COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA"

Vinculado a la revocación por razones de ilegitimidad aparece el principio de la irrevocabilidad o estabilidad del acto en sede administrativa. ¿Cuáles son sus alcances? ¿A qué actos se refiere?

Pero antes de develar estos interrogantes se hace necesario analizar cuál ha sido la evolución operada en este campo, que tanta importancia ha tenido y tiene aún para la seguridad jurídica de los administrados.

Hace un tiempo —aproximadamente hasta la segunda mitad de este siglo— se sostenía la existencia de un principio que caracterizaba al acto administrativo y lo tornaba diferente del acto del Derecho Privado: la regla de la revocabilidad [32].

27 BIELSA, Rafael, *op. cit*, t. II, págs. 134 y 341; BERÇAITZ, Miguel Á., *op. cit.*, pág. 347.

28 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. III-A, págs. 564-565 y *Tratado del Dominio Público*, págs. 385-387, Buenos Aires, Tea, 1960; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. II, págs. 77-78; DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 307.

29 LNPA, art. 21.

30 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 565.

31 CASSAGNE, Juan C., *op. cit.*, 2ª ed., pág. 382.

32 Al respecto BIELSA ha expresado que: "El acto administrativo es, por principio general, revocable. La actividad de la Administración Pública se dirige, según su objeto a la satisfacción de las necesidades públicas, a la protección de los intereses colectivos" (*op. cit.*, t. II, pág. 122).

Tal principio es contemporáneo a la construcción de la teoría del acto administrativo como acto exclusivamente unilateral, donde al caracterizarlo como producto de un solo sujeto estatal dotado de prerrogativas de poder público, el mismo podía revocar el acto sin necesidad de obtener la conformidad del administrado. De esta manera, a diferencia de los actos de Derecho Privado —que eran en principio irrevocables como regla general puesto que la existencia de los contratos hacía imposible la aceptación del dogma de la revocabilidad— un sector de la doctrina ha sostenido que éste era de la esencia del acto administrativo [33].

Sin embargo, como reacción contra el autoritarismo que entrañaba la tesis del acto unilateral esencialmente revocable, surgió una suerte de protección contra la posibilidad de extinguir ciertos actos en la Administración Pública, dando origen a la institución denominada "cosa juzgada administrativa" que se impuso a pesar de que su régimen no fuera enteramente similar al de la cosa juzgada judicial.

En efecto, la cosa juzgada administrativa se distingue de la cosa juzgada judicial por dos aspectos esenciales: a) se trata de una inmutabilidad estrictamente formal —no material— en el sentido de que nada impide que el acto que tiene estabilidad en sede administrativa sea después extinguido por el órgano judicial; y b) porque siempre se admite la revocación favorable al administrado.

Pero lo cierto es que por influencia especialmente de los teóricos alemanes [34] la tesis de la "cosa juzgada administrativa" fue ganando adeptos sin que se advirtieran mayormente las transformaciones que se operaban, en forma contemporánea, en el campo del Derecho Administrativo.

No se advirtió así que, al aceptarse la existencia de los contratos administrativos y las consecuentes prerrogativas de la Administración, como fruto de las cláusulas exorbitantes que aquéllos contenían, quedaba sin fundamentación la categoría del acto unilateral como género distinto del contrato que celebraba la Administración, ya que la atribución de revocar los actos que posee esta última corresponde tanto con respecto a los actos unilaterales como a los contratos.

33 Aún hoy lo sostienen: FORSTHOFF, Ernst, *op. cit.*, págs. 360-61; REAL, Alberto R., "Extinción del acto administrativo creador de derechos", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, nros. 1-2, pág. 71 y sigs., Montevideo, 1960. En contra: ALESSI, Renato, *op. cit.*, pág. 23 y sigs., Milán, 1956.

34 MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, "Parte General", t. I, pág. 237 y 263 y sigs., traducción del alemán, Buenos Aires, Depalma, 1949.

A ello cabe señalar, todavía, que esta concepción histórica acerca del acto administrativo unilateral (esencialmente revocable y protegido por la "cosa juzgada administrativa"), resulta sólo comprensible en aquellos países como Francia cuyo derecho positivo carece de una teoría general de los actos jurídicos, que tiene en su Código Civil solamente desarrollada una teoría general de los contratos, la cual es sin duda inaplicable al acto administrativo unilateral.

Una situación distinta aconteció entre nosotros —pese a lo cual, muchos tratadistas defendieron y postulan aún la tesis del acto administrativo exclusivamente unilateral— sin reparar en que éste y el contrato constituyen dos especies de un mismo género: el acto administrativo.

Robustece nuestra interpretación la circunstancia de que como resultado de las concepciones que aporta el estado de derecho, existe ya coincidencia —al menos en nuestro país— en que la regla en el acto administrativo unilateral es la de la inmutabilidad, irrevocabilidad o estabilidad, como algunos autores prefieren titularla [35]. La revocación constituye un instituto que sólo procede en circunstancias de excepción; lo normal es la irrevocabilidad del acto.

Si el principio es entonces el de la estabilidad, el planteo clásico de la "cosa juzgada administrativa" pierde toda consistencia, ya que no corresponde examinar las condiciones que deben darse para que un acto pueda ser revocado —sino a la inversa— los requisitos que, constituyendo una excepción al principio de la inmutabilidad, deben configurarse para que proceda su extinción en sede administrativa [36].

8. ANÁLISIS DE LA DENOMINADA "COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA", SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Dentro del planteo tradicional sobre la "cosa juzgada administrativa", la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido —en numerosos precedentes sometidos a su decisión— un conjunto de

35 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 580-581; LINARES, Juan F., "Inmutabilidad y cosa juzgada en el acto administrativo", *Revista de Derecho y Administración Municipal*, nro. 211, pág. 667, Buenos Aires, 1947.

36 Lamentablemente no ha sido ese el criterio seguido por la LNPA 19.549, modificada por la ley 21.686, aunque debemos reconocer que en líneas generales mejora la doctrina tradicional de la Corte al recoger algunas críticas que se habían formulado a los requisitos exigidos por la jurisprudencia del alto Tribunal para la configuración de la cosa juzgada administrativa.

condiciones necesarias para su configuración a partir del caso "Elena Carmán de Cantón c/ Gobierno Nacional" [37], fallado en el año 1936.

La lectura de los antecedentes indica que Elena Carman de Cantón promovió una acción contencioso administrativa contra un decreto del Poder Ejecutivo Nacional del año 1933, el cual dispuso dejar sin efecto la jubilación otorgada a su marido el Dr. Eliseo Cantón, con fundamento en que existieron errores de hecho en el cómputo de los servicios prestados en su condición de Decano y Profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires.

En el año 1912, el Dr. Cantón solicitó su jubilación ante la Caja respectiva, la cual, previo a los trámites de rigor, declaró acreditados los requisitos pertinentes, acordándole la jubilación ordinaria el 7 de febrero de 1913, la que resultó finalmente aprobada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional de fecha 28 de febrero de 1913.

Al comprobarse errores de hecho en el cómputo de los servicios y sin valorar los elementos que había aportado el Dr. Cantón cuando en una anterior oportunidad pretendió revisarse su jubilación y pese a la opinión contraria de la Caja y del Procurador General de la Nación, el Poder Ejecutivo declaró procedente la revisión y mediante decreto de fecha 20 de junio de 1933 dejó sin efecto el decreto dictado veinte años antes y mandó formular cargo por las sumas percibidas por el beneficiario.

O sea que la viuda del Dr. Cantón, que había gozado en forma pacífica de su jubilación durante dieciocho años, se encontró de pronto no sólo sin derecho a la pensión que había solicitado sino frente a la obligación de tener que restituir las sumas percibidas anteriormente por el causante.

Ello motivó que la actora promoviera una acción contencioso administrativa de nulidad contra el decreto que había revocado la referida jubilación, sosteniendo el carácter irrevisible e irrevocable del derecho jubilatorio de que había gozado durante tantos años el Dr. Eliseo Cantón. Así, el fundamento central de su pretensión se basó en la configuración de la llamada "cosa juzgada administrativa".

La Corte Suprema, sobre la base de la serie de fundamentos jurídicos que más adelante analizaremos, hizo lugar a la demanda de la actora declarando "que Elena Carman de Cantón tiene derecho a la pensión que le corresponde como esposa del Dr. Eliseo Cantón y según los términos de la jubilación de que éste gozó en vida de acuerdo

37 *Fallos*, 175:367.

con el decreto de febrero 7 de 1913, cuya pensión le debe ser abonada desde el día del fallecimiento de su esposo (art. 48, ley 4349)".

La sentencia de nuestro Alto Tribunal, que lleva las firmas de Antonio Sagarna, Luis Linares, Benito A. Nazar Anchorena y Juan B. Terán, plantea la cuestión que debió resolver en los siguientes términos: *"Que sintetizado así, clara y precisamente, el proceso administrativo que determina la litis en examen, corresponde averiguar si en las leyes, en la doctrina o en la jurisprudencia —judicial o administrativa— existen fundamentos para la revisión y revocación del decreto que reconoció al doctor Eliseo Cantón el derecho a su jubilación en febrero 28 de 1913, por defectos o errores de hecho anotados en 1927 y declarados en junio 20 de 1933, o si, como sostiene la actora, el acto administrativo de 1913 es irrevisible e irrevocable por el mismo poder que lo otorgó y a cuyo amparo se hizo efectivo el derecho jubilatorio del que gozó durante 18 años el doctor Cantón"* (considerando 2°).

A partir de este considerando nuestro Alto Tribunal pasa a exponer los argumentos que fundan la decisión contraria al ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración (cuando se trata de actos creadores de derechos subjetivos) cuyos aspectos principales pasamos a sintetizar siguiendo el camino trazado en su momento por Bosch [38] y, sobre todo, por Linares [39], cuya interpretación fue adoptada más tarde por la mayoría de la doctrina administrativa vernácula.

En tal sentido, en la parte medular del fallo comienza por afirmarse que "no existe ningún precepto de ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades...".

Esta afirmación es de principio y, aunque la Corte no lo haya dicho, siguiendo el estilo de la época (el cual puede advertirse en casi todos los estudios y comentarios que eluden las críticas frontales), lo cierto es que este punto de partida del *leading case* vino a sentar un rumbo jurisprudencial opuesto a la doctrina sustentada por Bielsa, entonces considerado el administrativista de mayor autoridad doctrinaria, a quien muchos le atribuían ser el creador de las principales instituciones del Derecho Administrativo argentino.

38 BOSCH, Jorge T., "La extinción de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional de Justicia", separata de la *Revista Argentina de Estudios Políticos*, nro. 3 y 4, págs. 33-41, Buenos Aires, 1946.

39 LINARES, Juan F., *Cosa juzgada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, pág. 25 y sigs., Buenos Aires, 1946.

Fue, pues, en este precedente, donde se postuló por primera vez el principio de la estabilidad o irrevocabilidad de cierta clase de actos administrativos y siempre que se dieran las características que a continuación pasamos a enumerar:

1°) que se trate de actos dictados en ejercicio de facultades regladas que hubieran dado lugar al nacimiento de derechos subjetivos (considerandos 4°, 5° y 6°);

2°) que no exista una ley que autorice la revocación de esta clase de actos en sede administrativa;

3°) dichos actos, cuando sean regulares y causen estado, generan una situación de cosa juzgada administrativa que impide su revocación por parte de la Administración Pública (considerando 5°). El concepto de acto regular, que se define como aquel "que reúne las condiciones esenciales de validez (forma y competencia)" constituye también otra innovación en la jurisprudencia de la Corte, que toma directamente de la obra de Félix Sarría, catedrático de la Universidad de Córdoba [40];

4°) el acto que contiene un vicio de error en el cómputo de los servicios de una jubilación se considera regular y la acción para demandar su invalidez prescribe a los dos años (art. 4030 del Cód. Civ.) afirmándose que la prescripción constituye una institución de orden público que, como tal, es irrenunciable;

5°) se extienden, en definitiva, los efectos de la cosa juzgada judicial a los actos jurisdiccionales administrativos, entre los cuales la Corte ubica al del Poder Ejecutivo que otorga una jubilación o pensión. Aunque, como luego veremos, la calificación del Alto Tribunal no era compatible con el sistema del Derecho Público argentino, lo cierto es que en la evolución posterior alcanzó a proyectarse a la mayor parte de los actos regulares dictados en ejercicio de funciones materialmente administrativas.

La jurisprudencia de la Corte que se mantuvo en numerosos fallos posteriores al caso señalado [41] exigía la concurrencia de los siguientes requisitos [42]:

40 SARRÍA, Félix, *Estudios de Derecho Administrativo*, págs. 73-76, Córdoba, 1934.

41 *Fallos*, 201:329; 210:1071; 250:491; 258:299.

42 Véase nuestro comentario al fallo de la Corte Suprema dictado en la causa "Cerámica San Lorenzo ICSA c/ Gobierno Nacional" de fecha 30-IX-1976, ED, t. 70, pág. 376.

A) Ausencia de norma legal que autorice a la Administración a revocar el acto

Este requisito se relacionó con la necesidad de que exista una ley que en forma expresa autorice a la Administración a revocar el acto, o bien, que una ley de orden público posterior tornare procedente la revocación del acto administrativo [43].

En nuestra opinión, se ha confundido —al tratar este punto— la revocación por razones de legitimidad con la revocación del acto por cambio del derecho objetivo, que se rige por idénticos principios que la revocación efectuada por razones de mérito, oportunidad o conveniencia.

En efecto, si la ley autoriza a la Administración a revocar el acto, ya sea que la facultad provenga de una autorización para el caso o que fuera establecida de un modo genérico [44] no existe en principio problema alguno sobre la procedencia de la revocación, que deberá realizarse de acuerdo a las condiciones que la norma predetermine, en tanto ésta sea constitucional.

En cambio, el motivo de la revocación por cambio del derecho objetivo o causa legal sobreviniente (para emplear una expresión que utiliza la Corte) aparece con posterioridad a la emisión del acto y exige una razón de orden público que justifique la extinción [45].

De este requisito, algunos autores, desprenden la consecuencia de que la estabilidad o irrevocabilidad impide la revocación del acto administrativo, cualquiera fuera su causa (es decir, inclusive por razones de oportunidad, mérito o conveniencia) [46], solución que en definitiva postula la prevalecencia del interés individual sobre el interés

43 LINARES, Juan F., *op. cit.*, págs. 31-34. La facultad para revocar el acto administrativo puede surgir tanto de la ley en cuya virtud se dictó el acto, de una norma que genéricamente atribuya a la Administración tal facultad, o de una disposición legal posterior que autorizara expresamente tal modificación (LINARES, Juan F., *op. cit.*, pág. 31).

44 V.gr. LNPA, art. 18.

45 En tal sentido la Corte sostuvo que "una resolución administrativa que reconozca derecho a una jubilación o pensión no puede ser derogada por otra de igual naturaleza sino en virtud de una causa legal sobreviniente, porque reconocido el derecho por una decisión formal, causa estado entre las partes", agregando que: "si todo ello es cierto cuando se trata de casos particulares regidos por una ley preexistente, pueden variar las soluciones cuando por razones de orden superior, se dicta una nueva ley, ajustando, reorganizando o reconstruyendo la institución" (*Fallos*, 179:394). Véase también: *Fallos*, 192:260.

46 GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 2ª ed., págs. 157-158. La LNPA, faculta expresamente a la Administración a revocar los actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios correspondientes al administrado (art. 18, *in fine*).

público, y que privaría a la Administración de su facultad revocatoria aun en aquellos supuestos en que el sacrificio individual resulta indemnizado (revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia) por el sacrificio que soporta el administrado por su contribución al bien común.

B) Que el acto sea unilateral

El reconocimiento de la estabilidad a los actos unilaterales, no significa empero que los contratos carezcan de estabilidad, dado que éstos tenían —en la época en que se gestó la construcción de la teoría de la cosa juzgada administrativa— una estabilidad mayor que los actos administrativos unilaterales.

En la actualidad, no obstante que la legislación que rige en el orden nacional [47] se ha adscripto a la antigua tesis del acto administrativo unilateral, la extinción de este tipo de actos y los contratos, se regulan por principios similares.

C) Que se trate de un acto individual o concreto

¿Cuál es el fundamento de este requisito? El mismo se basa en la circunstancia de que los actos de alcance general, es decir, los reglamentos tienen —por tratarse de una actividad materialmente legislativa— un régimen jurídico similar al de las leyes, que se advierte especialmente en materia de publicidad y extinción. Sostener la estabilidad de los reglamentos equivale tanto como postular la inderogabilidad de las leyes [48].

Los reglamentos son por esencia revocables y ello demuestra el error de aquellas posturas doctrinarias y soluciones legislativas [49] que pretenden unificar el acto de alcance individual (acto administrativo) con el acto de alcance general (reglamento).

Cabe puntualizar que las distinciones existentes entre el acto administrativo y el reglamento conducen a un sector de la doctrina a utilizar los términos "derogación o abrogación" para referirse a la extinción de este último [50].

47 Art. 7°, LNPA: No creemos que la norma sea tan categórica ya que de su texto se desprende sólo la exclusión de los contratos regidos por leyes especiales (ej.: contrato de obra pública), sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas de dicha ley.

48 Véase al respecto: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 566-567.

49 Tal como acontece en la sistemática de la LNPA.

50 Ver: SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, págs. 139-141.

D) Que el acto provenga de la Administración activa

De aceptarse la posibilidad de que la Administración realice funciones de naturaleza jurisdiccional este requisito parece obvio, pues en tales casos, la Administración Pública no podrá revocar dichas decisiones, en principio, pues la estabilidad de los respectivos pronunciamientos se rige por principios similares a la cosa juzgada judicial, aunque con algunas limitaciones derivadas de una suerte de "relación jerárquica" atenuada que vincularía a la administración activa con la jurisdiccional [51].

Sin embargo, corresponde puntualizar que la doctrina que niega la realización de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración Pública, fundada en una particular y estrecha interpretación del principio de la separación de los poderes [52], no analiza el régimen jurídico de este tipo de actos que, como se ha visto ya en otro lugar de esta obra, es substancialmente distinto.

E) Que declare derechos subjetivos

La noción de derecho subjetivo resulta imprescindible para resolver sobre la procedencia de la revocación del acto en sede administrativa, en virtud precisamente de que la garantía de la estabilidad sólo protege, en principio, los derechos subjetivos del administrado.

Sin el propósito de adentrarnos al estudio pormenorizado de la cuestión deben recogerse dos advertencias previas:

a) En primer lugar, que el reconocimiento del derecho subjetivo no implica adherirse a una concepción extremadamente liberal [53], aunque es evidente que la protección que en definitiva le acuerde el ordenamiento jurídico estará influida por las ideas que primen con respecto a las relaciones entre autoridad y libertad, prerrogativas y garantías, y a la trascendencia que se le asigne a la naturaleza social y al fin personal del hombre.

51 De acuerdo al art. 99 del RLNPA, el contralor del superior se limita a los supuestos en que mediare arbitrariedad manifiesta, grave error o gruesa violación de derecho, debiendo abstenerse: a) cuando el administrado hubiera consentido el acto; b) cuando hubiera promovido recursos o acciones ante la justicia u órganos administrativos especiales. Véase asimismo: CELORRIO, Atanasio H., "El recurso jerárquico en materia tributaria", RADA, nro. 3, pág. 33 y sigs.

52 GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, 2ª ed., págs. 158-159, quien atribuye esta afirmación a un error de lenguaje.

53 DABIN, Jean, *El Derecho Subjetivo*, págs. 67-68, trad. del francés, Madrid, 1955.

b) En segundo término, como el derecho subjetivo se impone, por el respeto debido a ciertos valores que pertenecen al hombre como ser individual y social, encuentra su fundamento en la regla de la justicia (particular, conmutativa o distributiva) [54].

El problema de definir el derecho subjetivo público siempre ha sido de difícil solución por la naturaleza de un tema proclive a un desarrollo imaginativo, y aunque la noción que brindara Jellinek en su momento obtuvo el consenso doctrinario [55], lo cierto es que han existido sucesivas crisis por las que ha atravesado el concepto que comprenden desde los ataques a la ideología individualista que se supone lo sustenta y las críticas de la concepción realista de la doctrina francesa, hasta la revisión que se intenta sobre el problema de la naturaleza de los derechos subjetivos públicos [56].

Por su parte, las ideas cristianas, sin desvirtuar el derecho subjetivo, destacan la necesidad de tener en cuenta la naturaleza social y el fin personal del hombre, que se halla fuera del arbitrio individual o colectivo [57].

La garantía de utilidad sustancial completa la tesis tradicional que definía al derecho subjetivo sobre la idea del poder jurídico referido a un bien o interés, y hace posible la distinción con el interés legítimo sobre bases más sólidas [58].

En efecto, mientras el derecho subjetivo es el poder jurídico atribuido a un sujeto por el ordenamiento jurídico en garantía de un bien o interés que le proporciona una utilidad sustancial directa e inmediata, el interés legítimo ofrece al particular una garantía de legalidad, lo que importa una utilidad instrumental, donde a través de

54 DABIN, Jean, *op. cit.*, págs. 51-52. Señala dicho autor: "Si el ser humano individual es respetable, si tiene derechos subjetivos, si existe una justicia, es porque el ser humano individual, fuerte o débil, próximo o lejano, representa un valor no sólo relativo para sí mismo, para los otros y para la sociedad, sino un valor en sí, absoluto" (cfr. DABIN, Jean, *op. cit.*, pág. 53).

55 Quien definió al derecho subjetivo como "la potestad de querer que tiene el hombre reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se refiere a un bien o un interés" (cfr. JELLINEK, George, *Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi*, trad. italiana, Milán, 1912, pág. 49).

56 GARRIDO FALLA, Fernando, "Las tres crisis del derecho público subjetivo", en *Estudios dedicados al Profesor García Oviedo*, t. I, pág. 176 y sigs., Sevilla, 1954.

57 Cfr. LLAMBÍAS, Jorge J., *op. cit.*, t. I, págs. 30-33.

58 ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 451 y sigs. En opinión de Garrido Falla, la noción de Alessi no discrepa fundamentalmente de la concepción tradicional del derecho subjetivo como poder jurídico. Sin embargo, la tesis de Alessi tiene el mérito de haber resaltado la importancia de la garantía de utilidad substancial, que es en definitiva lo que tutela el derecho subjetivo en forma directa e inmediata.

la observancia de la legalidad puede el particular obtener la tutela indirecta del propio derecho sustancial [59] señalando que tanto en un caso como en otro, tales derechos se otorgan en función a la naturaleza social y al fin personal del hombre.

El interés legítimo aparece así como una figura de rango inferior al derecho subjetivo, capaz de satisfacer sólo de un modo eventual y mediato un interés individual o colectivo de tipo sustancial, pero nunca en forma directa o inmediata [60].

Tal acontece —por ejemplo— con respecto al interés del administrado en que se cumplan las prescripciones establecidas en el procedimiento de la licitación pública o para el ingreso de agentes a la Administración a través del concurso respectivo. El vínculo que caracteriza al interés legítimo en dichos supuestos no confiere un derecho sustancial ni a la adjudicación ni al nombramiento, sino un derecho de naturaleza instrumental: que se observe el procedimiento y el comportamiento prescriptos en la norma, para una eficaz y correcta realización del interés público.

Descartamos, en consecuencia, particularmente aquellas doctrinas que pretenden caracterizar la distinción entre el derecho subjetivo y el interés legítimo en la exclusividad o concurrencia de la relación [61] ya que si bien tal suele ser la forma externa en que aparece la relación jurídica, ello no impide que puedan existir verdaderos derechos subjetivos otorgados en concurrencia (ej.: derecho de rendir exámenes, en las condiciones legales y reglamentarias, que poseen los estudiantes en las universidades nacionales), ni tampoco es óbice a la existencia de intereses legítimos atribuidos en forma exclusiva [62].

59 La vinculación entre el interés legítimo y la garantía de legalidad es una idea que anida en otros autores: RANELLETTI, Oreste: pág. 159 y sigs.; GIUCCIARDI, Enrico, *La Giustizia Amministrativa*, pág. 23 y sigs., 2ª ed., Padova, 1943. A su vez, actualmente, De Fina, no obstante las críticas que le merece la postura de Alessi (en la negación del derecho subjetivo como poder jurídico), concibe al interés legítimo como "un derecho de sustitución procesal del particular a la Administración Pública, para la tutela directa del derecho de aquélla a la legalidad del comportamiento administrativo del funcionario y la tutela indirecta del propio interés legítimo cuando hay limitación en el número de vacantes, y no *'interese legittimo e le questione conesse, alla luce della teoria generale del diritto'*", en *Rassegna di Diritto Pubblico*, enero-marzo 1955, pág. 61 y sigs., citado por GARRIDO FALLA, *op. cit.*, t. 23, pág. 378, *in fine*.

60 ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 455.

61 Entre nosotros, GORDILLO considera a la exclusividad como nota que tipifica al derecho subjetivo: *op. cit.*, págs. 34-347.

62 Tal como lo admite el propio GORDILLO (*op. cit.*, págs. 347 y 355-356). No creemos empero (en el ejemplo que da este autor) que el derecho del estudiante a ingresar a la Universidad constituye un interés legítimo cuando hay limitación en el número de vacantes,

Dentro de la noción del derecho subjetivo público, caben aquellos derechos debilitados [63], cuya existencia es reconocida a título precario (ej.: permiso de uso de un bien del dominio público), que se comportan como los derechos subjetivos en sentido estricto, salvo en lo que respecta a la posibilidad de que la Administración proceda a revocar el acto respectivo, sin que en tal circunstancia corresponda indemnización alguna al titular del derecho [64].

F) Que cause estado

La terminología existente en esta materia que, por lo demás, ya fue motivo de análisis hace un tiempo [65], había sido descuidada por la doctrina hasta la sanción de la LNPA 19.549.

Al respecto, no puede ignorarse la clásica terminología española que ha utilizado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya influencia en nuestro Derecho Administrativo ha sido grande, al igual que la legislación provincial a través del Código en lo Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires [66].

En tal orientación, se distingue entre "acto definitivo", "acto que causa estado" y "acto firme". Por "acto definitivo" se entendía a aquel que pone término a una cuestión, siendo la figura opuesta el acto preparatorio o de mero trámite. En cambio, el concepto de "acto que causa estado" presuponía el de "acto definitivo" y era aquel que había

---

y no lo sea, cuando la inscripción no se hallare limitada, pues la naturaleza del derecho es la misma en ambos casos y depende de su carácter sustancial o instrumental. En tal caso, el interés legítimo aparecerá reflejado en la observancia de las normas procedimentales tendientes a mantener la igualdad entre los postulantes, mientras que habrá derecho subjetivo —derecho a ingresar— si el estudiante ha cumplido con todas las condiciones y el procedimiento de selección ha sido legal.

63 Ver y comparar: DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. V, págs. 308-309; GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, págs. 379-381; ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. II, págs. 459-463. Compartimos con Garrido Falla la opinión de que el condicionamiento de los derechos al interés público no constituye una base para fundar la categoría del derecho debilitado o condicionado (término que utiliza Zanobini) pues "uno de los principios mismos del régimen administrativo es el condicionamiento de los derechos subjetivos del administrado al interés público", régimen que se caracteriza por la carencia de derechos absolutos de orden patrimonial que pueden ser objeto de expropiación a condición de que el sacrificio del administrado sea objeto de una indemnización previa y justa (*op. cit.*, t. I, págs. 380-381). Entre nosotros este principio tiene rango constitucional (art. 17, Const. Nac.).

64 Cfr. REIRIZ, Graciela, "Legitimación para ser parte en el procedimiento administrativo", en *Acto y Procedimiento Administrativo*, pág. 114, Buenos Aires, Eudeba.

65 Tal como lo recuerda Linares en la Primera Conferencia de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires celebrada en el año 1943 (cfr. *op. cit.*, pág. 23).

66 LINARES, Juan F., *op. cit.*, pág. 23.

sido objeto de impugnación agotando la vía administrativa, o bien, que no podía ser objeto de recurso jerárquico alguno [67].

Dicho sistema, que traducía la facultad del superior de revocar sin limitaciones de plazo un acto administrativo (puesto que no había en tal supuesto "causado estado") se considera hoy carente de sentido en la doctrina española, en cuanto se acepta la posibilidad de que actos administrativos emanados de órganos inferiores adquieran firmeza (y en tal supuesto no pueden ser revocados —en principio— por el superior) [68].

Por otra parte, la condición "acto que causa estado" se vincula al contencioso-administrativo o derecho procesal administrativo [69], donde el derecho positivo de cada país puede exigirla como un requisito para instaurar el proceso administrativo [70], pero nada tiene que ver actualmente con la revocación de los actos administrativos que se rige por otros principios [71] donde lo que importa respecto de la Administración es que el acto no haya sido notificado, y con relación al particular (es decir la extinción decretada a instancias del administrado) es que el acto no hubiera adquirido firmeza, en principio.

¿Qué se entiende por acto firme? En general, sobre esta noción existe mayor coincidencia doctrinaria considerándose que adquieren firmeza aquellos actos que resultan irrecurribles por el administrado, ya sea por haberse vencido el plazo para recurrir en sede administrativa, o bien, en virtud de que el acto no es susceptible de revisión judicial [72].

67 LINARES, Juan Francisco, *op. cit.*, págs. 23-24. Para GARRIDO FALLA, acto definitivo es aquel que trasunta una decisión final cuando es una resolución de la cuestión resuelta en alguno de sus niveles con plenos efectos jurídicos (cfr. *Régimen de Impugnación de Actos Administrativos*, pág. 57 y sigs., Madrid, 1956).

68 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La configuración del recurso de lesividad", RAP, nro. 15, págs. 126-127. Dice este autor, que por no haber advertido el origen de la expresión "causar estado", la doctrina española actual encuentra que la misma es inexplicable. Ver también: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española", RAP, nro. 1, pág. 156.

69 COMADIRA, Julio R., *La anulación de oficio de los actos administrativos en sede administrativa*, pág. 139, Astrea, Buenos Aires, 1981.

70 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. VI, pág. 42 y sigs., Buenos Aires, 1972; en el art. 24, inc. b) de la LNPA se exige para impugnar reglamentos que fueran aplicables a través de actos administrativos. Igualmente, para impugnar en forma directa actos administrativos el art. 23, inc. a) de la LNPA exige que se agoten las instancias administrativas.

71 Por tal causa no aceptamos la postura de quienes pretenden dar otra significación al concepto "acto que causa estado", entendiendo por tal, al que ha sido notificado, aunque aceptamos que, en principio, el acto regular una vez notificado no puede ser objeto de revocación en sede administrativa, salvo que el acto se revoque como consecuencia de un recurso que interponga el administrado.

72 LINARES, Juan F., *op. cit.*, pág. 24.

De acuerdo a nuestro punto de vista, la cuestión esencial se centra en distinguir el supuesto en que la revocación se decreta a instancias de la Administración, del caso en que la extinción se dispone a raíz de un recurso administrativo interpuesto por el administrado [73]. En el primer supuesto, la Administración no puede en principio revocar el acto una vez notificado (salvo que el acto se hallare afectado de nulidad absoluta), mientras que en el segundo, el acto administrativo recién cobra estabilidad cuando el acto es firme (ej.: revocación del acto de adjudicación en una licitación pública, decidida por la Administración como consecuencia de un recurso interpuesto por un administrado, luego de ser notificado de la decisión y antes de que el acto adquiera firmeza) [74].

G) Que el acto haya sido dictado en ejercicio de facultades regladas

El Derecho Administrativo antiguo postulaba que el acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales era esencialmente revocable y este requisito establecido por la Corte para la configuración de la denominada "cosa juzgada administrativa" en el caso "Carmán de Cantón" [75] no hizo más que recoger el criterio imperante en la época, que reitero en fallos posteriores [76].

Como lo ha afirmado la doctrina, la discrecionalidad nada tiene que ver con la revocación, en cuanto la naturaleza de un derecho no depende ni se altera por el carácter reglado o discrecional del acto administrativo [77].

Por su parte, la realidad demuestra que no existen actos enteramente reglados ni totalmente discrecionales, sino que tales condiciones que reviste la actividad administrativa, según que la actuación del órgano se hallare o no predeterminada por la norma, se dan siempre en forma parcial [78].

73 ESTRADA, Juan Ramón de, "La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular (El art. 17 de la LNPA)", LL, t. 1976-D, pág. 820 y sigs.

74 En el segundo caso, la Administración puede, no obstante, revocar un acto firme cuando ella hubiere comprobado una nulidad absoluta, sea que se decrete a instancias de la Administración o de una denuncia de ilegitimidad.

75 *Fallos*, 175:373.

76 *Fallos*, 255:231; 258:299; 265:349; 269:181.

77 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 617.

78 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. I, págs. 289-299, Madrid, 1974. La distinción de los actos de acuerdo a su carácter reglado o discrecional que, en algunos aspectos de la teoría general del acto administrativo, aplicaba a la doctrina clásica, ha sido abandonada por la LNPA 19.549.

H) Que se trate de un acto regular

El concepto de acto regular —tomado de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la doctrina de Francia [79]— traduce un criterio provisorio, en el sentido de que su configuración obsta a que se extinga el acto en sede administrativa, pero no en la judicial.

En un principio la Corte consideró que el acto regular era aquel que reunía las condiciones esenciales de validez, entendiendo por tales, los requisitos de forma y competencia [80]. En tal orientación, nuestro más alto Tribunal sostuvo que el acto que portaba errores de hecho, era un acto regular y como tal se hallaba protegido por la "cosa juzgada administrativa" [81], posición esta que ha dado origen al defecto de afirmar que el error grave de derecho linda con la incompetencia [82] ya que así se demostraba la irregularidad del acto como consecuencia de la asimilación que se efectuaba entre el vicio de error y el que afectaba la competencia, la cual, junto con la forma, constituían en la doctrina de la Corte, condiciones esenciales de la validez del acto [83].

En general, puede reconocerse que desde el caso "Carmán de Cantón" la Corte Suprema ha sostenido que la Administración carece de facultades para revocar un acto por razones de ilegitimidad cuando el mismo estuviera afectado de nulidad relativa, al par que ha aceptado la procedencia de la revocación frente a la presencia de vicios de nulidad absoluta. Pero esta conclusión, señalada a nivel doctrinario [84], no había sido objeto de sistematización en la doctrina del alto Tribunal, cuyo criterio era casuístico [85].

A la luz de la evolución de la nueva concepción que la Corte introdujo en la materia en el caso "Carman de Cantón", Linares escri-

79 LINARES, Juan F., *op. cit.*, pág. 26, señala que ello puede advertirse a través de las citas que nuestro más alto Tribunal efectuara en el fallo "Carmán de Cantón" (Delbez, Laferriere y Lacoste, particularmente la obra del primero titulada "La révocation des actes administratifs", publicada en la *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, t. 45, pág. 463, Paris, 1928).

80 *Fallos*, 175:375, apoyándose en la opinión de Félix Sarría.

81 En el considerando 6° del caso "Carmán de Cantón".

82 *Fallos*, 250:491 y sigs.; 258:299; 255:231; 265:349.

83 COMADIRA, Julio R., *op. cit.*, pág. 104 y sigs.

84 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 622.

85 Como ejemplo de la evolución que se opera en la jurisprudencia de la Corte cabe señalar que se ha reconocido que además de los vicios de error grave, incompetencia en razón de la materia y defecto esenciales de forma, el vicio en el elemento causa (falta de causa) autoriza la revocación del acto en sede administrativa. Véase: caso "Hochbaum", RADA, nro. 3, pág. 111 y sigs.

bió su clásica obra acerca de la cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia del Alto Tribunal realizando la construcción dogmática (es decir, de los principios) de la institución. Paralelamente, en el mismo año (1946), apareció el trabajo de Bosch antes citado, en el que describió la situación jurisprudencial en la misma línea. De allí en más, la nueva concepción —que fue evolucionando hasta su consagración en el art. 17 de la LNPA— se impuso definitivamente en el Derecho Administrativo argentino.

En efecto, la construcción dogmática de Linares fue seguida por casi toda la doctrina posterior [86] sustancialmente en las obras que estudiaron la figura del acto administrativo como las de Diez, Gordillo y la que nosotros escribimos [87], las cuales, no obstante algunas disidencias insustanciales y opiniones discordantes sobre determinados aspectos de la institución, representan la línea que finalmente ha prevalecido en el Derecho Público que rige esta materia.

No vamos a efectuar aquí la disección del magnífico libro de Linares habida cuenta que nuestro propósito se limita a exponer los dos puntos esenciales que sirvieron para el ulterior desarrollo de la institución de la cosa juzgada administrativa.

El primero de esos puntos estriba en la admisión de la cosa juzgada para los actos de la Administración activa (no jurisdiccional), que en la postura tradicional de Bielsa, aferrada al sentido histórico de la institución, era inconcebible extender fuera del ámbito del Derecho Privado.

Al refutar esa postura extrema Linares anota que la posición ecléctica (que hunde sus raíces en la obra de Mayer [88]) es la que debe preferirse en virtud de que "la institución de la cosa juzgada jurisdiccional constituye un aspecto del derecho que aflora en todo el orden jurídico y que atañe a la validez y vigencia de las normas jurídicas, pero que en las normas individuales, en cuanto son vigentes y generan

86 Véase: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 612 y sigs., Buenos Aires, 1975; sin embargo Fiorini, aunque sin fundamentar claramente su posición crítica, adhirió a la concepción de la anulación de oficio considerando que la tesis de la cosa juzgada administrativa resulta confusa (FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 557-558, Buenos Aires, 1976), no obstante haberla ponderado en otras partes de su obra (*op. cit.*, t. I, págs. 550-555) llegándola a calificar como una "conquista de legalidad".

87 DIEZ, Manuel M., *El acto administrativo*, pág. 334 y sigs., Buenos Aires, 1961; GORDILLO, Agustín, *El Acto Administrativo*, pág. 143 y sigs., Buenos Aires, 1969; y nuestro *Acto Administrativo*, pág. 382 y sigs., Buenos Aires, 1981.

88 MAYER, Otto, *Le Droit Administratif Allemand*, t. I, pág. 52, Paris, 1904.

así una situación de hecho, presentan una modalidad especial" [89]. Tal era la línea de pensamiento de Merkl [90], así como de Hauriou, Jèze y Fernández de Velasco que influyeron en la obra de Sarría, con lo que nuestro derecho vino a recibir por esta vía y en esta materia, el aporte de la ciencia jurídica francesa, española y germánica [91], con las adaptaciones propias al sistema vernáculo, que se llevaba a cabo a través de la aplicación analógica de los preceptos del Código Civil.

El otro punto resaltable, en la descripción jurisprudencial y consecuente construcción dogmática que efectuó Linares, versó sobre el concepto de acto regular como presupuesto para la extensión de la cosa juzgada al Derecho Administrativo y, en consecuencia, de la inmutabilidad que cabe atribuir a los actos administrativos, cuando éstos han dado nacimiento a derechos subjetivos en cabeza de los administrados.

Así, la estabilidad del acto se conecta con la clasificación de las nulidades, aspecto complejo acerca del cual no existía, en ese momento de la evolución histórica de nuestro Derecho Administrativo, uniformidad doctrinaria ni jurisprudencial. De todas maneras, una cosa resulta clara en la sistematización de los fallos de la Corte que lleva a cabo Linares y es que la protección que brinda la cosa juzgada

89 LINARES, Juan F., *op. cit.*, págs. 51-52.

90 MERKL, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, pág. 275 y sigs., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, a quien, en lo sustancial, ha seguido Linares.

91 Esto es una demostración del pluralismo que existe en las fuentes de nuestro derecho administrativo, que algunos le atribuyen exclusivamente al derecho francés (cuando también ha sido importante la influencia de los derechos español e italiano). Últimamente han surgido opiniones que afirman, sin demostrarlo, que la fuente principal debiera ser el derecho norteamericano dado que nuestra Constitución ha seguido el modelo constitucional de ese país (el cual parece admisible aunque algunas instituciones sean difíciles de trasladar pues resultan incompatibles con nuestra idiosincrasia) y hasta se ha ubicado a Linares en esa línea de pensamiento sin tener en cuenta lo que ha escrito este gran jurista y aun desconociendo, aparentemente, las opiniones de Alberdi, asunto del que nos ocupamos recientemente (véase: "De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el derecho administrativo argentino", ED, diario del 30-IX-2001, págs. 1-2). En este punto, tanto Linares como Diez y Marienhoff tenían muy claro el panorama de las fuentes de nuestro derecho administrativo. En particular Linares, de quien podría suponerse lo contrario por algunas expresiones incidentales y el buen manejo que hizo siempre de los principios del derecho norteamericano, llegó a decir, luego de señalar la relatividad de la aplicación del derecho europeo, que "también difiere nuestro derecho administrativo del sistema iuspublicista vigente en los Estados Unidos de Norteamérica, pese a cierta similitud de nuestra Constitución con la de aquel país, porque: 1) el sistema federal es distinto; 2) el *common law* americano, pese a regir casi exclusivamente para el derecho privado, imprime a su derecho administrativo objetivo, legislado y científico, ciertas valoraciones y criterios interpretativos singulares de difícil aplicación al nuestro" (Cfr. LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo*, pág. 20, Buenos Aires, 1986).

administrativa a los actos regulares comprende tanto los actos válidos como aquellos que adolecen de un vicio de nulidad relativa (anulables en la terminología al uso). Como Linares y la Corte, a diferencia de Bielsa, no aceptan la categoría de acto inexistente, los actos que pueden revocarse son los "absolutamente nulos" [92]. En suma, los actos administrativos dictados por error de hecho como son aquellos decretos que conceden jubilaciones o pensiones con base en errores en el cómputo de los servicios de los agentes, entran según la Corte —a partir del *leading case* objeto de este comentario—, dentro de la categoría del acto regular y están protegidos por la garantía de la estabilidad y alcanzados por el instituto de la prescripción. Tal fue también la interpretación que hizo Bosch [93] en el sentido de que, después del transcurso del plazo de dos años, no era posible interponer la acción judicial de nulidad.

En lo esencial, la cosa juzgada administrativa desarrollada en la tesis de Linares fue adoptada y seguida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [94] alcanzando su recepción normativa a través del art. 17 de la LNPA, si bien en forma más amplia al extender la protección debida a los derechos de los particulares nacidos de actos administrativos irregulares, tal como se verá en el punto siguiente [95].

9. EL SISTEMA DE LA LNPA. CRÍTICA

La LNPA prescribe la revocación del acto administrativo por razones de ilegitimidad separando la extinción del acto irregular (art. 17) de la revocación del acto regular (art. 18), la que no procede, en principio.

En cuanto al campo de aplicabilidad de dichas normas ellas se refieren pura y exclusivamente a los actos administrativos (de alcance

92 Cfr. LINARES, Juan F., *op. cit.*, pág. 25 y sigs.

93 Cfr. BOSCH, Jorge T., *op. cit.*, pág. 39.

94 *Fallos*, 177:194; 181:425; 186:42; 188:135; 192:45; 194:254; 197:548; 201:329, entre otros.

95 Hay autores que se han ocupado en resaltar la falta de coherencia de la doctrina jurisprudencial de la Corte y en tal sentido puede consultarse el estudio de Comadira, uno de los más completos efectuados sobre dicha doctrina (Cfr. COMADIRA, Julio R., *La Anulación de Oficio del Acto Administrativo. La Denominada "Cosa Juzgada Administrativa"*, pág. 91 y sigs., Buenos Aires, 1981). Cabe apuntar, sin embargo, que la estabilidad del acto regular y, en definitiva, la afirmación de una tendencia garantística, protectora de los derechos de propiedad y de las libertades de los ciudadanos, ha constituido una constante en la jurisprudencia de la Corte y en la mayoría de la doctrina administrativa argentina.

individual) sin comprender a los reglamentos, no obstante la asimilación que pretende estatuir la ley. En efecto, aparte de que los reglamentos son por principio revocables —ya que lo contrario conduciría prácticamente a paralizar la actividad administrativa—, la propia redacción de la primera parte del art. 18 confirma esta interpretación, al mencionar "la notificación" como un requisito para la estabilidad del acto regular, la cual constituye una forma típica de publicidad del acto administrativo (de alcance individual).

A) Acto irregular

El art. 17 de la LNPA (modificada por la ley 21.686) considera acto irregular a aquel afectado por una nulidad absoluta, estableciendo la obligación para la Administración Pública de decretar su extinción o sustitución. Para ello será necesario que el órgano administrativo compruebe debidamente la existencia de un vicio de nulidad absoluta, no bastando la simple alegación por parte del administrado, salvo que la ilegitimidad fuera manifiesta, en cuyo caso, la Administración tendrá la obligación de revocar el acto en forma inmediata [96].

Sin embargo, la potestad revocatoria respecto del acto irregular no reviste carácter absoluto.

La última parte del art. 17, antes de su reforma por la ley 21.686, consagraba una limitación a las potestades de la Administración para revocar un acto administrativo por razones de ilegitimidad, al prescribir la necesidad de acudir al órgano judicial para obtener la extinción del acto, cuando "éste hubiere generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento".

La redacción atribuida a la primera parte de dicha norma, fue motivo de distintas interpretaciones doctrinarias. Una corriente de autores sostuvo, antes de la reforma, que la limitación a la potestad revocatoria del acto administrativo irregular se refería a los actos bilaterales en sus efectos [97].

96 Por tal circunstancia creemos que no existe contradicción con lo estatuido por el art. 12 que faculta a la Administración a suspender la ejecución y efectos del acto administrativo cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta. En consecuencia, la Administración se hallará facultada para decretar la suspensión del acto cuando se invoque una nulidad absoluta, pero se hallará obligada a extinguirlo en tanto dicha nulidad fuera manifiesta, es decir, cuando para su comprobación no se requiera una investigación de hecho, salvo que el acto hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo.

97 ESCOLA, Héctor J., "La revocación del acto administrativo afectado de nulidad absoluta (Algo más en torno del art. 17 de la LNPA)", LL, t. 1977-C, pág. 816; ESTRADA, Juan Ramón de, *op. cit.*, LL, t. 1976-D, pág. 820; CASSAGNE, Juan C., "La ilegitimidad or-

La jurisprudencia de la Cámara Federal de esta Capital registra un caso donde se interpretó —por aplicación del art. 17 de la LNPA (en su anterior redacción)— que la estabilidad del acto administrativo no se configura cuando el respectivo acto adolece de un vicio de nulidad absoluta y el mismo no ha tenido principio de ejecución [98].

En dicho precedente jurisprudencial se estableció que el acto administrativo, aun cuando había sido notificado al particular, no podía considerarse "en vías de cumplimiento" cuando no comenzó a producir sus efectos, o lo que es igual, no tuvo "principio de ejecución".

Con esa jurisprudencia, la Cámara se apartó del criterio de un sector de la doctrina que postulaba la adquisición de la estabilidad del acto irregular a partir de la notificación del acto [99], inclinándose por la orientación que permite el juego de la potestad revocatoria hasta que el acto hubiera adquirido firmeza [100] o cuando la revocación es la consecuencia de un recurso administrativo interpuesto por particulares [101].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al precisar los alcances del art. 17, señaló que "parece adecuado destacar que *la prestación* aparece, en nuestro derecho positivo, como constituyente del objeto de las obligaciones, ya sean de dar, hacer o no hacer", sosteniendo que el acto administrativo de otorgamiento de la personería jurídica al producir como efecto el comienzo de la existencia de una entidad, no permitía advertir —ni tampoco se había demostrado— que generara obligaciones ni, por lo tanto, prestaciones que se hallaran en vías de cumplimiento al resolverse la revocación en sede administrativa [102].

---

dinaria de una autorización para edificar: procedencia del acto administrativo que dispuso su revocación", ED, t. 49, pág. 893.

98 CNac. Fed., Sala III, Cont. Adm., *in re* "Rodríguez Blanco de Serrao c/ Gobierno Nacional", fallado el 13-XI-1979.

99 BIDART CAMPOS, Germán J., "Inmutabilidad del acto otorgante de un beneficio promocional", trabajo presentado al Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política, Buenos Aires, 1960, JA, t. 1960-III, pág. 627 y sigs.; GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, cap. IV, pág. 11, Buenos Aires, 1979. La tesis de este autor es errónea y no se ajusta al contenido del precepto legal ya que el art. 17 sólo impide la revocación del acto irregular cuando el mismo estuviere *firme y consentido* y se hubieren generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo.

100 CASSAGNE, Juan C., "La Ley de Procedimientos Administrativos y su reciente reforma", *Revista Derecho Empresario*, nro. V, pág. 722, Buenos Aires, 1978.

101 ESTRADA, Juan Ramón de, *op. cit.*, LL, t. 1976-D, pág. 820 y sigs., especialmente en la nota 17.

102 CSJN, caso "Movimiento Scout Argentino c/ Estado Nacional (Ministerio de Justicia) s/ inconstitucionalidad, nulidad y revocación de acto administrativo", fallado el 17-VI-1980 (M. 782-XVII).

La reforma introducida al art. 17 de la LNPA por la ley 21.686, prescribe, en la parte pertinente, que "si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad".

Dicha modificación introduce dos conceptos que no contenía la anterior redacción. El primero se refiere a la exigencia de que el acto se encuentre firme o consentido. Si bien esta última expresión puede generar equívocos [103], no tanto cuando se la utiliza como sinónimo de acto firme [104] sino en cuanto pueda interpretarse como acto que causa estado [105], una interpretación correcta se impone, pues, mientras es opinable el argumento que postula que el acto firme se reputa consentido tácitamente en sede administrativa, el consentimiento del administrado puede ser prestado antes de que el acto adquiera firmeza. De tal modo la expresión "acto consentido" puede entenderse que se ha referido al "consentimiento expreso" del particular o administrado. De todas maneras, aun cuando la redacción contiene una conjunción impropia debe interpretarse como alternativa, pues de otro modo carecería de sentido.

En lo que concierne al segundo requisito estatuido en el art. 17, *in fine*, de la LNPA (modificada por la ley 21.686) el mismo impide la revocación del acto administrativo que hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sustituyendo así la terminología que se refería a "las prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento" que contenía la anterior fórmula legal.

Esta última formulación normativa resultaba técnicamente superior a la actual [106] que ha sido objeto de críticas [107].

No obstante ello, una interpretación justa y armónica del precepto legal debe forzosamente tener en cuenta que el concepto "derechos subjetivos que se estén cumpliendo" es más amplio que el empleado en la norma derogada, en cuanto comprende a cualquier tipo

103 ESTRADA, Juan Ramón de, *op. cit.*, EDLA, t. 1978, pág. 925.

104 PEARSON, Marcelo M., *Manual de Procedimientos Administrativos*, pág. 39, Buenos Aires, 1976.

105 ESTRADA, Juan Ramón de, *op. cit.*, EDLA, t. 1978, pág. 925, aclara que con tal interpretación el acto recién adquiriría estabilidad, en caso de ser recurrido, al hallarse firme la decisión definitiva o final (nota 12).

106 CASSAGNE, Juan C., "La revocación del acto administrativo afectado del vicio de nulidad absoluta", ED, 86, pág. 264.

107 ESTRADA, Juan Ramón de, *op. cit.*, EDLA, t. 1978, págs. 925-953, por considerar que de una nulidad no pueden generarse derechos subjetivos.

de actos administrativos irregulares, de estructura unilateral o bilateral, en su formación o en sus efectos [108].

Por otro lado, un derecho subjetivo que se está cumpliendo es algo más que una prestación en vías de cumplimiento; se trata de un derecho que ha comenzado a ejercerse o que ya ha sido ejercido, siempre que queden pendientes efectos que puedan afectarse con la revocación.

Finalmente, la revocación por ilegitimidad no es viable cuando el derecho subjetivo se ejerció o cumplió de manera inmediata, tal como ocurre con ciertas autorizaciones que otorga la Administración Pública, cuando no generan relaciones de tracto sucesivo y el acto se agota con su emisión y sus efectos son instantáneos.

La jurisprudencia de la Corte ha interpretado, correctamente a nuestro juicio que la potestad revocatoria de la Administración debe ceder en los casos en que han surgido del acto administrativo en cuestión derechos subjetivos a favor del particular [109].

Finalmente, el Alto Tribunal ha ampliado el ámbito de la potestad revocatoria al sostener que las excepciones a la regla de la estabilidad del acto regular en sede administrativa prevista en el art. 18 de la LNPA —entre ellas el conocimiento del vicio por parte del particular— se aplica igualmente en el supuesto contemplado en la primera parte del art. 17 de dicha ley, conclusión que se apoya en la circunstancia de que una solución contraria haría que "el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el acto regular" [110].

108 CASSAGNE, Juan C., "La ley de procedimientos administrativos y su reciente reforma", *Revista Derecho Empresario*, t. 50, pág. 722, Buenos Aires, 1978.

109 En el caso "Furlotti Setien Hnos. SA c/ Instituto Nac. de Vitivinicultura" del año 1991 publicado en REDA, nro. 7/8, pág. 423 y sigs., con comentario de Comadira, quien al criticar lo que nos parece constituye el meollo de la tesis del alto Tribunal cuando desconoce la potestad revocatoria (con independencia de la solución particular del caso) sostiene que habría una contradicción con el principio de que de los actos de nulidad absoluta no pueden generarse válidamente derechos subjetivos a favor de los particulares (cons. 7°). En opinión nuestra esa contradicción no existe por cuanto la nulidad absoluta es siempre determinada por el juez, salvo que no haya generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo. Con referencia a este último supuesto contemplado en el art. 17 de la LNPA la Corte sostiene, en el considerando 9°, que estos actos carecen de la estabilidad de los actos regulares y no pueden generar derechos subjetivos a favor de los particulares. En la inteligencia del fallo es evidente que el derecho subjetivo que no puede generar es el de ampararse en la estabilidad del acto administrativo, sin perjuicio de la revisión judicial que corresponda en cada caso. Pero, si el acto hubiese generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, en el régimen de la LNPA el acto goza de estabilidad en sede administrativa como lo reconoce el considerando 8° del fallo "Furlotti".

110 *In re* "Almagro, Grabriela y otra c/ Universidad Nacional de Córdoba", publicado en ED, del 19-V-1998 con comentario de Horacio Pedro Diez. En dicho comentario, se desarrolla la tesis opuesta a la sustentada en el texto.

Sin embargo, hay que tener presente dos reglas interpretativas acerca del "conocimiento del vicio" por parte del particular. La primera, que se trata de una excepción a la estabilidad del acto regular que, como tal, es de interpretación restrictiva. Por ello, en segundo lugar, el conocimiento del vicio debe serle imputable al particular (que actúe con mala fe o dolo) y no limitarse a un mero o simple conocimiento.

De lo contrario, como el particular no puede invocar la ignorancia de la ley o el error de derecho (por aplicación analógica del principio que emerge del art. 20, Cód. Civ.) el conocimiento del vicio jugaría como una presunción en su contra, al menos respecto de los vicios más trascendentes del acto administrativo (competencia, forma, objeto, causa de derecho y finalidad), lo que haría que, en casi todos los supuestos (excepto los defectos vinculados a los antecedentes de hecho) el vicio le fuera imputable. Esta interpretación —que la Corte no ha hecho— además de disvaliosa echa por tierra el sistema de la LNPA y el principio de la estabilidad de los actos que han generado derechos subjetivos que acoge claramente el art. 17 de la LNPA.

B) Acto regular

Aunque su concepto no ha sido definido expresamente por la fórmula legal [111] es posible inferirlo por exclusión del acto irregular que se vincula a la nulidad absoluta. Ello permite, con apoyo en la fuente doctrinaria que sirviera de inspiración a la ley, sostener que el acto regular comprende tanto al acto válido como al que padece una nulidad relativa [112].

En principio, la ley prescribe (art. 18, 1ª parte) la irrevocabilidad del acto administrativo regular que declare derechos subjetivos una vez que haya sido notificado al particular, admitiéndose excepcionalmente la revocación del acto administrativo regular cuando:

a) el administrado hubiere conocido el vicio [113];
b) la revocación lo favorece sin causar perjuicio a terceros;
c) el derecho ha sido otorgado expresa y válidamente a título precario [114].

111 Art. 18 de la LNPA.

112 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 622.

113 No basta el mero conocimiento del vicio. Se requiere que el vicio le sea imputable, lo que ocurrirá cuando exista mala fe o colusión dolosa (Cfr. GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, t. III, págs. VI-24-25).

114 Se trata aquí de un verdadero derecho subjetivo público aunque "debilitado" (ej.: permiso de uso sobre un bien del dominio público) cuya noción se postula en la doctrina italiana (ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. II, págs. 460-463) y en un sector de la doctrina espa-

Sin embargo, la estabilidad del acto regular cede en los siguientes casos:

a) cuando la revocación del acto afectado de nulidad relativa hubiera sido pedida por el administrado luego de haber sido notificado el acto pero antes de que el haya adquirido carácter firme [115];

b) en el supuesto de que del acto afectado de nulidad relativa no hubieran nacido derechos subjetivos [116].

10. LA FALTA DE CONEXIÓN ENTRE ESTABILIDAD Y REVOCACIÓN POR OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA

La regla de la estabilidad, en cuanto contribuye a la certidumbre del derecho, no puede sufrir cortapisas a través de la invocación del interés público. En otros términos, el interés público que fundamenta la subsistencia de los derechos que nacen de un acto administrativo continúa vigente hasta tanto los jueces decreten su invalidez, y prevalece sobre cualquier invocación *a posteriori* de otro interés público, generalmente ideado por los funcionarios de turno. Por lo demás, en un país que aspira a proteger las inversiones privadas (sean internacionales o nacionales), este principio precisa imponerse si no se quiere frustrar el proceso inversor con argumentos fuera de la realidad, por más respetables que éstos puedan parecer.

No en vano se ha venido sosteniendo el principio que se resume en la fórmula *ex posterior no derogat priori* como justificativo de la estabilidad de los actos administrativos [117].

Ha de advertirse, por cierto, que no obstante haberse considerado que la estabilidad también comprendía la irrevocabilidad del acto por razones de oportunidad, se trata de dos instituciones distintas en punto a su fundamentación y requisitos. Pero si la construcción de la "cosa juzgada administrativa" sólo tiene sentido en el pla-

---

ñola (GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, págs. 379-381; ENTRENA CUESTA, Rafael, *op. cit.*, pág. 461). Véase el fallo de la Sala III, CNac. Apel. Cont. Adm. Fed., del 23-X-1986, *in re* "Cía. Argentina de Estiba y Almacenaje SA c/ Administración General de Puertos s/ daños y perjuicios".

115 En caso contrario, los actos que portaren vicios de nulidad relativa no serían impugnables en sede administrativa, lo cual implicaría un contrasentido jurídico. Sin embargo, luego de notificado el acto, la Administración carece de potestad para revocarlo de oficio.

116 Ya que de otro modo no tendría sentido la mención a los derechos subjetivos que figura en la 1ª parte del art. 18 de la LNPA.

117 LINARES, Juan F., *op. cit.*, págs. 55-56.

no de la revocación por ilegitimidad [118], ello no implica reconocer que el ordenamiento atribuya a la Administración facultades para extinguir un acto por razones de interés público.

En efecto, tal como lo hemos venido propugnando [119] en coincidencia con un sector de nuestra doctrina [120], el art. 18, última parte, de la LNPA, requiere que, en cada caso, la Administración Pública actúe con base en una habilitación legal concreta que declare la utilidad pública o el interés de esa naturaleza que permite revocar por razones de mérito. Esto es así por la similitud existente entre revocación y expropiación y, además, por las limitaciones que establece el art. 76 de la Const. Nac. —a partir de la reforma constitucional de 1994— para la delegación de atribuciones de naturaleza legislativa en cabeza del Ejecutivo, siendo obvio que a la revocación por oportunidad —en razón de que implica el sacrificio de derechos privados en beneficio del interés público— precisa cumplir con los requisitos del art. 17 de la Const. Nac. (declaración legislativa y previa indemnización y, en su caso, sentencia fundada en ley).

11. La aplicación de la regla de la estabilidad a los contratos administrativos

La antigua jurisprudencia de la Corte parecía limitar la "cosa juzgada administrativa" a los actos unilaterales de contenido individual, excluyendo a los reglamentos (respecto de esto último la doctrina ha estado siempre de acuerdo).

La razón de esa jurisprudencia se basaba en que los contratos administrativos gozaban, en punto a la revocación por razones de ilegitimidad, de una estabilidad mucho mayor que la que inicialmente poseían los actos administrativos unilaterales en su formación (aunque sus efectos pudieran ser bilaterales).

Lo cierto es que actualmente, como con acierto lo ha señalado Gordillo [121], los contratos administrativos celebrados con inversores extranjeros no pueden revocarse por razones de oportunidad ni dis-

118 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 609-610.

119 En nuestro *Derecho Administrativo*, 6ª ed., t. II, pág. 294.

120 GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, t. III, pág. VI-25 y sigs., nos ubica junto a la doctrina partidaria de una concepción amplia de la revocación por oportunidad (*op. cit.*, pág. VI-26, nota 34), citando una anterior obra nuestra que no representa la postura que venimos sosteniendo en distintas ediciones de nuestro *Derecho Administrativo*.

121 *Derecho Administrativo*, cit., t. III, pág. XIII-23 y 24, aunque sin llegar a desarrollar las cláusulas aplicables de los tratados internacionales.

ponerse el rescate de una concesión en virtud de una serie de convenios internacionales que ha suscripto nuestro país, los cuales, como fuentes del Derecho Administrativo, prevalecen sobre las normas del derecho interno en función de lo prescripto en el art. 75, inc. 22, 1° párrafo de la Const. Nac. [122].

Como los diversos convenios de protección de inversiones extranjeras suscriptos por nuestro país contienen la llamada cláusula de la nación más favorecida, que extiende sus normas a los países signatarios de los diferentes tratados internacionales, existe un fondo normativo común, que se caracteriza por los siguientes principios:

— la equiparación entre rescate o revocación por oportunidad de una concesión o licencia y la figura de la expropiación;

— la interdicción de la expropiación y actos equiparables salvo el dictado de una ley fundada en causas de utilidad pública o bien común [123];

— la indemnización ha de ser previa [124].

Como dichos tratados internacionales (aunque bastaría con que lo prescribiera uno solo de ellos) contienen además cláusulas que requieren el cumplimiento del debido proceso legal [125], cabe interpretar que esta fórmula se refiere tanto al denominado debido proceso adjetivo (v.gr. derecho a ser oído) como al sustantivo (que en el caso puede resumirse en la exigencia de ley declarativa de la utilidad pública, sentencia judicial e indemnización previa), requisitos estos últimos que tienen rango constitucional (art. 17, Const. Nac.) y cuya reglamentación, en el orden nacional, se encuentra en la ley 21.499.

Conforme a lo expuesto, no parece compatible con la interdicción expropiatoria (sin ley declarativa de la utilidad pública, sentencia judicial y previa indemnización) la doctrina que sustenta la modificabilidad amplia de determinados contratos administrativos por razones de interés público ya que, en los hechos, puede implicar un sacrificio patrimonial equiparable a la expropiación [126]. Una posición de esa índole implicaría la afectación del principio de la estabilidad

122 En tal sentido, el reconocimiento de la potestad revocatoria que prescribe el reciente ordenamiento contractual (art. 12 del dec. 1023/2001) resulta inconstitucional.

123 Art. 4, inc. 2° del Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscripto con la República de Chile, aprobado por ley 24.342.

124 Tratado con Chile cit., art. 4°, inc. 2°.

125 V.gr. Tratado con el reino de Suecia, aprobado por ley 24.177, art. 4°, inc. 1.b. A su vez, el Tratado suscripto con Alemania, aprobado por ley 24.098, prescribe que "la legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equiparable y el monto de la indemnización, deberán ser revisables en procedimiento judicial ordinario" (art. 4°, inc. 2° *in fine*).

126 Tal como lo sostiene GORDILLO (*op. cit.*, t. I, pág. XI-39 y 40).

de los actos que rige en nuestro ordenamiento y en los sucesivos convenios internacionales que vedan el rescate de las concesiones y licencias por causales de interés público. Es evidente que el principio que se esconde tras la citada interdicción es el *pacta sunt servanda* que impide utilizar el concepto indeterminado e impreciso de interés público para revocar o modificar el contrato administrativo.

12. REVOCACIÓN POR ILEGITIMIDAD SOBREVINIENTE O CAMBIO DEL DERECHO OBJETIVO

Cuando una ley en sentido material posterior al dictado del acto administrativo modifique las condiciones de legalidad del acto que regían hasta ese momento, tornándolo ilegítimo para el futuro como consecuencia del cambio que se opera en el derecho objetivo, la Administración puede proceder a revocar el acto, siempre que las disposiciones legales o reglamentarias que motivan la extinción revistan carácter de orden público [127], atribuyéndole la respectiva potestad y estableciendo el régimen indemnizatorio correspondiente.

La similitud que existe entre este tipo de extinción y la que se decreta por razones de interés público en función al cambio de las condiciones de hecho originariamente previstas (ya que también en la revocación por ilegitimidad sobreviniente está de alguna manera comprendido el interés público que aunque aparece de un modo genérico, no por ello pierde su naturaleza), lleva a un sector de la doctrina a incluirla dentro de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia [128].

En nuestro concepto, pese a que este tipo de revocación se rige —en cuanto al derecho indemnizatorio que genera a favor del particular— por los mismos principios que la extinción por causales de oportunidad, pensamos que no todo cambio del derecho objetivo autoriza a la Administración a revocar retroactivamente el acto por esta causal, que se limita a aquellas situaciones que de continuar presentes den lugar a una invalidez absoluta [129] y sean incompatibles con el interés público legalmente calificado.

127 LINARES, Juan F., *op. cit.*, págs. 33-34.

128 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 457 y sigs. DIEZ opina, en cambio, que en tal caso hay revocación por razones de legitimidad (*op. cit.*, pág. 303).

129 Así cabe interpretar a nuestro juicio la exigencia de que la norma que provoca la modificación posea carácter de orden público para que proceda la revocación por ilegitimidad sobreviniente. Pero siempre la situación anterior debe ser incompatible con el interés público. Al respecto, la doctrina sostiene que el cambio de legislación sobreviniente sólo convierte al acto en inoportuno (cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 258).

13. LA REVOCACIÓN POR RAZONES DE OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA

No obstante que un sector de la doctrina ha desconocido la existencia de una facultad genérica en la Administración Pública para extinguir un acto por razones de oportunidad [130] lo cierto es que la jurisprudencia la ha preconizado (no obstante la ausencia de un texto legal expreso que así lo prescribiera) [131], junto con la doctrina nacional y extranjera.

La revocación por razones de oportunidad aparece como consecuencia de una modificación de la situación de interés público, tenida en cuenta al dictar el acto, al producirse un cambio en las condiciones de hecho existentes. Su fundamento —que es similar a la expropiación, donde el interés privado cede frente al interés público por causa de "utilidad pública"— da origen a la obligación de indemnizar al administrado que haya sufrido el correspondiente menoscabo patrimonial [132].

El vacío legislativo existente acerca de la facultad de la Administración para proceder a la extinción del acto por razones de mérito resultó cubierto con el art. 18, *in fine* de la LNPA, que autorizó tal revocación en sede administrativa, con la obligación de indemnizar al particular o administrado los perjuicios que se le ocasionen [133].

La norma citada plantea dos interrogantes:

a) ¿Qué perjuicio corresponde indemnizar? Siempre que no se disponga en forma expresa entendemos que debería indemnizarse el valor objetivo del bien (lo que comprende toda clase de derechos objeto del sacrificio patrimonial) y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata (con exclusión del lucro cesante eventual o relativo a otros daños), por aplicación de las reglas que rigen en materia de expropiación [134].

b) ¿Cuál es el momento en que deben indemnizarse tales perjuicios? Al respecto, consideramos que dadas las similitudes existentes

130 LINARES, Juan F., *op. cit.*, pág. 31 y sigs.

131 *Fallos*, 175:374; véanse los casos "Hopstein y Yarque", resueltos por la Sala "F" de la CNac. en lo Civil de esta Capital, ED, t. 42, pág. 175 y sigs., con nota nuestra titulada: "La revocación de la autorización para construir por razones de interés público".

132 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 600 y sigs. y pág. 634. En materia contractual véase: BERÇAITZ, Miguel Á., *op. cit.*, pág. 345, salvo que se hubiera pactado lo contrario en el contrato.

133 LNPA, art. 18, *in fine*. "También podrá ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados".

134 Art. 10 de la ley 21.499.

con el instituto de la expropiación, la Administración debe depositar previamente [135] en sede judicial (en caso que no hubiera acuerdo con el administrado) el importe de los perjuicios estimados, por aplicación del principio que emerge del art. 17 de la Const. Nac.

Ahora bien, la facultad de revocar un acto en sede administrativa por razones de oportunidad, mérito o conveniencia no es enteramente discrecional. En tal sentido, mientras la norma no exija la concurrencia de condiciones de hecho específicas para que la Administración pueda revocar un acto se exige para su procedencia que el interés público sea de igual orden y naturaleza que el del acto objeto de la revocación [136] y cuando la Administración disponga de facultades genéricas en orden a la apreciación del interés público a fin de dictar el acto, "conservará una potestad de idéntica amplitud" respecto a la revocación; en cambio, cuando la atribución de emitir el acto se hallare relacionada con el cumplimiento de condiciones de hecho específicas, la amplitud de las facultades de revocación se limitan a la "inexistencia o desaparición" (nosotros agregamos modificación) de las condiciones a que estaba vinculado el dictado del acto administrativo [137].

A su vez, a raíz de la reforma constitucional de 1994 hay que tener en cuenta las limitaciones establecidas para la delegación o habilitación legislativa (art. 76, Const. Nac.). En tal sentido, si la revocación por oportunidad entraña el ejercicio de una potestad similar a la expropiatoria habrá que cumplir con el requisito constitucional que exige, en tales casos, el dictado de una ley declarativa que califique el interés público que funda la revocación por razones de oportunidad, en virtud de la exigencia que prescribe el art. 17 de la Const. Nac.

135 MARIENHOFF, Miguel S., "Revocación del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia", LL, t. 1980-B, pág. 817, comparte dicha interpretación formulada anteriormente por nosotros (*El Acto Administrativo*, pág. 406).

136 Cita como ejemplos la autorización para abrir una farmacia que no puede ser revocada sino por razones sanitarias e inherentes al servicio farmacéutico (ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 352). Ver también: GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. I, pág. 549.

137 ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 352, y del mismo autor: *La Revoca degli Atti Amministrativi*, pág. 100 y sigs., Milán, 1956. Sostiene que "del conjunto de las condiciones precedentes se desprende claramente la inexactitud de la opinión corriente según la cual la existencia de derechos subjetivos privados constituiría el límite de la revocabilidad de los actos administrativos, opinión que aparece ya desmentida, por otra parte, por la posibilidad de una *revocación con indemnización*, comúnmente admitida por la doctrina, ya que presuponiendo la indemnización, el sacrificio y la conversión de un derecho subjetivo, ello deja sentado que la existencia de un derecho subjetivo no puede constituir una limitación infranqueable para el ejercicio de la potestad de revocación" (*op. cit.*, t. I, págs. 352-353).

14. REVOCACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN PARA CONSTRUIR: DISTINTOS SUPUESTOS

A) Revocación por legitimidad

Como se ha visto, la revocación de un acto administrativo por razones de ilegitimidad procede frente a la presencia de un vicio o defecto en el acto administrativo que provoca su invalidez. Pero este vicio —que comprende tanto la legalidad objetiva como la razonabilidad del acto— no siempre tiene la entidad suficiente para tornar viable la revocación del acto.

En efecto, en el sistema de la LNPA, sólo los actos irregulares, que son aquellos portadores de un vicio de nulidad absoluta, permiten el ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración Pública [138].

Aparte de ello, del acto no deben haber nacido derechos subjetivos cuyas respectivas prestaciones se estuvieran cumpliendo [139] pues en tal caso habrá que acudir a la vía judicial para obtener la extinción del acto administrativo.

En el caso de la autorización para construir la aplicación de ese criterio hace que la revocación por razones de ilegitimidad resulte improcedente en dos supuestos:

a) cuando la obra comenzó a ejecutarse, iniciándose —por ejemplo— los trabajos de excavación;

b) si la obra fue levantada, finalizando la pertinente construcción. En tal caso, la autorización se extingue por cumplimiento del objeto y no puede ser revocada por ilegitimidad en sede administrativa. Esta solución se justifica y se concilia con el caso enunciado en el punto anterior ya que no puede existir una solución más rigurosa cuando la prestación ha sido cumplida que cuando está en su etapa de cumplimiento.

A título excepcional, cuando el vicio es de nulidad relativa, el acto administrativo puede ser revocado por ilegitimidad en el supuesto de que el administrado hubiera conocido el vicio [140]. ¿Cómo debe ser ese conocimiento? En nuestra opinión debe tratarse de un conocimiento fehaciente que no es susceptible de presunción (v.gr. el propio reconocimiento del vicio en el expediente administrativo o cuando el vicio le fuera imputable al administrado).

138 *Vide*: arts. 17 y 14, incs. a) y b) de la LNPA, con las modificaciones introducidas por la ley 21.686.

139 Cfr. art. 17, LNPA con las modificaciones introducidas por la ley 21.686.

140 Art. 18, *in fine*, de la LNPA con las modificaciones introducidas por la ley 21.686.

Los efectos del acto de revocación por razones de ilegitimidad son siempre *ex tunc*, es decir, tienen efecto retroactivo, solución que en el derecho brasileño comparte López Meirelles, aun cuando este autor utiliza el término "anulación" [141].

B) Revocación por razones de interés público

Este tipo o especie de revocación, que a título de excepción permite el ordenamiento jurídico, importa en el caso de la autorización para construir, el sacrificio del derecho del administrado por el interés general, previa indemnización de los perjuicios resultantes, dado que este instituto se rige por las mismas reglas que la expropiación por causa de utilidad pública.

Cuadra distinguir aquí dos supuestos distintos, según que la revocación obedezca a razones de mérito que alega la Administración para un caso particular y concreto, o que la extinción provenga de una conducta reglada a raíz de una modificación operada en el derecho objetivo.

En el primer supuesto se trata de una simple revocación por razones de mérito, oportunidad o conveniencia que decide y ejecuta la propia Administración en base a un criterio administrativo determinado por las modificaciones de hecho existentes al momento de autorizarse la edificación [142].

Su procedencia debe ajustarse a ciertos requisitos y límites que condicionan la pertinente potestad, a saber:

a) los perjuicios deben estimarse previamente por la Administración y consignarse judicialmente a la orden del administrado por aplicación de las reglas imperantes en materia de expropiación;
b) la Administración ha de tener adjudicada la respectiva potestad por norma de rango legislativo;
c) el interés público que motiva la revocación ha de ser de igual orden y naturaleza, que el del acto objeto de la revocación [143].

141 LÓPEZ MEIRELLES, Hely, *Direito Administrativo Brasileiro*, 6ª ed., pág. 178, São Paulo, 1978.

142 PRAT, Julio A., *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 190-191, Montevideo, 1978, quien sostiene la improcedencia de la revocación en aquellos actos de cumplimiento instantáneo, en virtud de que la producción de sus efectos se opera de una sola vez, posición que adoptara originariamente en Uruguay Sayagués Laso, que nosotros compartimos.

143 Cfr. ALESSI, Renato, *op. cit.*, t. I, pág. 352; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 359, Madrid, 1966.

En este sentido, una autorización para construir sólo puede ser revocada por razones urbanísticas.

d) si la autorización para construir ha comenzado a ejecutarse, no se puede revocar la autorización, sin perjuicio de la potestad expropiatoria. Esto es así en virtud de la incorporación del derecho al patrimonio del administrado y en mérito a que ella se ejerce sobre su derecho individual de dominio, donde el efecto principal de la autorización, que era levantar una condición, se ha cumplido.

La otra clase de revocación a que nos referimos es la que opera por cambio del derecho objetivo. Si bien este tipo de extinción se rige por los mismos principios que la revocación por razones de mérito cuadra apuntar que el cambio del derecho objetivo no convierte al acto en ilegítimo [144] sino en revocable.

En principio, la revocación por razones de interés público, sea por razones de mérito en virtud del cambio operado en la situación de hecho originaria, sea por un cambio del derecho objetivo, tiene efecto *ex nunc*, es decir, opera para el futuro y no puede afectar las autorizaciones que han tenido principio de ejecución, salvo, en este último caso, que la situación resultare incompatible con el orden público o una necesidad pública imperiosa.

15. OTROS CASOS DE REVOCACIÓN

En este acápite incluimos dos tipos de revocación, que juegan un papel en cierto modo independiente de las grandes clasificaciones cuyo régimen hemos descripto.

Estos supuestos están dados por la revocación que favorece al administrado y aquella que se decreta cuando el derecho ha sido concedido a título precario. La primera procede siempre, habida cuenta de que en tal caso la potestad revocatoria no tiene los límites impuestos en orden a la protección de los derechos individuales (v.gr. petición del propio administrado). La segunda, en virtud de la débil naturaleza del derecho emergente, que no ha permitido consolidar una situación jurídica estable.

En ambos tipos de revocación, no procede, en nuestro concepto, indemnizar al administrado, ya que mientras la revocación lo favorece no cabe hablar de indemnizaciones en tanto el administrado solicita la extinción o, al menos, la consiente, la situación de precariedad

144 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, págs. 457-458, 2ª ed., Buenos Aires, 1975.

con que nació el derecho no puede dar lugar a restituciones que sólo se conciben cuando se priva al administrado de un derecho emergente de una situación estable, excepto los daños derivados de una revocación interpretativa.

16. EFECTOS DEL ACTO DE REVOCACIÓN

Lo esencial en nuestro concepto para establecer si el acto de revocación tiene efectos *ex tunc* o *ex nunc* consiste en determinar si la causal que genera la extinción del acto constituye un vicio del acto administrativo. De ocurrir tal supuesto, es decir, la revocación por razones de ilegitimidad, los efectos del acto se retrotraen en principio al momento en que se dictó el acto que se invalida, lo cual constituye una lógica consecuencia de la postura que se ha sustentado al tratar los efectos de la invalidez administrativa [145].

En todos los demás supuestos, es decir, revocación de acto regular válido (ej.: revocación de un permiso de uso de un bien del dominio público), revocación por cambio del derecho objetivo (v.gr. nueva ordenanza en materia de edificación) o revocación por razones de oportunidad, el principio es que el acto de extinción produce efectos para el futuro. Sin embargo, a nuestro juicio, el respeto de los derechos incorporados a la esfera jurídica del administrado debe ceder frente a su incompatibilidad con el orden público, y en tal sentido, si bien de una manera excepcional, hay que admitir que una revocación de la naturaleza de las consignadas produzca efectos retroactivos [146], cuando se afecta, en forma grave, el orden público.

17. LA CADUCIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En un plano distinto —el cumplimiento de las obligaciones que surgen del acto—, aparece el instituto de la caducidad como otro de los importantes medios de extinción. Ella consiste en la eliminación

145 DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, pág. 438. A conclusión similar (aunque denominándole "anulación") arriba GRAU (*op. cit.*, pág. 3, *in fine*).

146 Supongamos una prohibición de levantar edificios más allá de cierta altura; si la misma se halla fundada en consideraciones edilicias o arquitectónicas, no podrán revocarse aquellos permisos otorgados cuyos edificios ya se hubieran levantado, máxime cuando la obra no estuviera finalizada; si en cambio, la prohibición se sanciona en virtud a razones de seguridad para las operaciones aéreas en una zona contigua a un aeropuerto, la Administración podrá prohibir la construcción de la parte del edificio que exceda la altura permitida por las reglamentaciones vigentes.

del acto dispuesta unilateralmente por la Administración en razón de que el particular no ha cumplido con las obligaciones que dimanan del acto administrativo. Se trata, pues, de una sanción.

Se ha sostenido que esta figura constituye un medio específico de extinción de los contratos administrativos, no siendo propia de los actos administrativos de alcance individual. Pero, no obstante las autorizadas opiniones expuestas en este sentido [147] pensamos lo contrario, tal como se desprende de los casos que a continuación se señalan, cuya causal de extinción configura una verdadera caducidad, que no difiere en su esencia de la que se decreta en materia contractual.

Así ocurre con la autorización administrativa para la apertura y funcionamiento de un local de comercio o industria, que impone expresa o implícitamente la obligación de cumplir con las reglamentaciones de higiene; también en materia de promoción industrial, cuyos regímenes suelen establecer determinadas obligaciones para las empresas que se acojan, bajo la sanción de decretar la caducidad de los beneficios otorgados.

Desde luego que donde la caducidad tendrá un mayor campo de aplicación será en materia de contratos administrativos, especialmente en la concesión de servicios públicos [148].

En el orden nacional [149] y en la provincia de Buenos Aires [150] se ha incorporado a la legislación el instituto de la caducidad como medio de extinción de actos administrativos. Al respecto el art. 21 de la LNPA exige para su procedencia que la Administración cumpla dos condiciones:

a) la constitución en mora del incumplidor.

b) la concesión de un plazo razonable para que se cumpla con la obligación [151].

Con respecto a la procedencia de la caducidad, entendemos con un sector de la doctrina que la obligación que da origen a la caducidad tiene que ser esencial [152].

147 BERÇAITZ, Miguel Á., *Teoría General de los Contratos Administrativos*, pág. 347; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 565, t. III-A, pág. 561 y sigs.

148 BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. II, pág. 339 y sigs.; MARIENHOFF, Miguel S., *Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos*, pág. 16 y sigs., Buenos Aires, 1947.

149 LNPA, art. 21.

150 Ley 7647, art. 19.

151 Condiciones que habían sido señaladas a nivel doctrinario: MARIENHOFF, Miguel S., *Caducidad y Revocación de la Concesión de Servicios Públicos*, pág. 38.

152 MARIENHOFF, Miguel S., *Caducidad y Revocación de la Concesión de Servicios Públicos*, pág. 38.

En cuanto a los efectos del acto de extinción por caducidad, consideramos que, en principio, el mismo opera para el futuro, sin efectos retroactivos y que la excepción requiere texto expreso que así lo consagre [153].

18. CADUCIDAD Y MORA AUTOMÁTICA

La reforma introducida al art. 509 del Cód. Civ. por la ley 17.711, prescribió que en las obligaciones a plazo la mora del deudor se opera de pleno derecho ¿Se aplica tal disposición en el Derecho Administrativo?

La solución que en materia de caducidad estatuye —con carácter general— el art. 21 de la LNPA difiere de la prescripta en el Código Civil, que si bien es una norma especial referida al incumplimiento de una categoría de obligaciones (las llamadas obligaciones a plazo) no puede, al no ser una norma administrativa, prevalecer sobre la norma general de la ley que rige la materia administrativa.

Es decir, que en el Derecho Administrativo, aun cuando se tratare de obligaciones a plazo, la Administración debe cumplir con el deber que imperativamente le impone el art. 21 de la ley 19.549, poniendo en mora al administrado y dándole al mismo un tiempo razonable para que cumpla [154].

El fundamento de este principio es doble. Por un lado, procura la realización del fin público del acto administrativo, cuyo cumplimiento efectivo no puede quedar librado al mero transcurso del plazo. Por otra parte, del propio principio de la subsidiariedad se desprende que en la función de suplencia el Estado debe ayudar a que los particulares cumplan aquello que pueden realizar por sí mismos y una de esas formas es, precisamente, poniéndolos en mora y otorgándoles (ayuda) un tiempo razonable para el cumplimiento de la obligación.

Ateniéndonos a tal fundamentación y al carácter imperativo de la norma, los requisitos establecidos en el art. 21 de la LNPA para que la Administración declare la caducidad de un acto administrativo sólo pueden dejar de cumplirse cuando una ley administrativa especial lo prescriba y siempre que se trate de un mandato imperativo o de orden público, lo que conduce a la ilegitimidad de las cláusulas especiales o accesorias de los actos y contratos administrativos que establezcan la caducidad de pleno derecho o automática.

153 Respecto de la concesión de servicios públicos la Corte ha sostenido que el principal efecto es privar al concesionario de ejercer su actividad futura (*Fallos*, 141:212-213).

154 Cfr. HUTCHINSON, Tomás, *op. cit.*, págs. 427-428.

TÍTULO QUINTO

LA ACTIVIDAD INTERVENTORA

CAPÍTULO I

LAS PRESTACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN O DE LOS PARTICULARES, REGIDAS POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

Sección 1ª

EL SERVICIO PÚBLICO

1. Aparición de la técnica del servicio público. La *publicatio* y la concepción objetiva como ejes de la noción jurídica.
2. La llamada crisis de la noción jurídica de servicio público.
3. El monopolio no constituye el dato esencial de la noción.
4. La configuración de un concepto sobre el servicio público.
5. Acerca de los servicios públicos impropios. Las actividades de interés público. Los llamados servicios sociales.
6. El acto de creación del servicio público.
7. Competencia nacional, provincial o municipal para crear el servicio público.
8. El poder reglamentario en los servicios públicos.
9. Modificación y supresión de los servicios públicos.
10. Régimen jurídico: reglas generales relativas al funcionamiento de los servicios públicos.
    A) El principio de la continuidad del servicio público. Las huelgas en los servicios esenciales.
    B) La regularidad del servicio público.
    C) El principio de la igualdad.
    D) La obligatoriedad.

Sección 2ª

LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LAS RELACIONES JURÍDICAS QUE VINCULAN A LOS USUARIOS

1. Nacionalización de los servicios públicos. Remisión.
2. Sistemas de gestión de los servicios públicos.
   A) Gestión directa.
   B) Gestión indirecta.
3. Naturaleza de las relaciones jurídicas entre los usuarios y las entidades prestatarias del servicio.
4. La admisión de los particulares al servicio público.
5. Retribución de los servicios públicos.
6. Fijación de las tarifas: naturaleza jurídica del acto.
7. Los principios de proporcionalidad e irretroactividad de las tarifas.
   A) La proporcionalidad tarifaria.
   B) La irretroactividad de las tarifas.

CAPÍTULO I

LAS PRESTACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN O DE LOS PARTICULARES, REGIDAS POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Sección 1ª

EL SERVICIO PÚBLICO

1. APARICIÓN DE LA TÉCNICA DEL SERVICIO PÚBLICO. LA *PUBLICATIO* Y LA CONCEPCIÓN OBJETIVA COMO EJES DE LA NOCIÓN JURÍDICA

La noción de servicio público aparece, en el campo del Derecho Administrativo, sin que preexista una definición legal que la tipifique y sin que se establezcan sus caracteres de una manera precisa [1]. Por obra de la doctrina y jurisprudencia francesas, se fue perfilando una institución, con un régimen jurídico peculiar de Derecho Público, destinada a regir las actividades de prestación tendientes a satisfacer necesidades de interés general que asumió el Estado y que éste pasó a prestar, a partir del siglo pasado, en forma directa o indirecta.

El concepto de servicio público fue objeto de trascendentes debates doctrinarios, habiéndose señalado la existencia de una profunda crisis institucional en la noción, la cual, sin embargo, subsiste en la mayor parte de Europa Occidental. Desde aquellos autores vinculados a la Escuela de Burdeos que llegaron a propiciar que toda la ac-

1 WALINE, Marcel, "La noción de servicio público", en LL, t. 75, pág. 945, señala que "con la misma expresión servicio público, se designan, según el día, la ocasión o las circunstancias cosas muy diferentes", sobre el concepto de servicio público; véase: SILVA CENCIO, Jorge A., *Servicio Público y Concesión de Servicios Públicos*, pág. 15 y sigs., Montevideo, 1980.

tividad estatal debía ser considerada servicio público (Duguit, Jèze, Bonnard, etc.) hasta quienes, en el otro extremo, propusieron suprimir radicalmente el concepto [2], han sido numerosos los criterios doctrinarios elaborados para caracterizar el servicio público.

El servicio público, ateniéndonos a una concepción objetiva que se basa en la naturaleza material de la actividad, se circunscribe, a una parte de la actividad administrativa del Estado [3] quien puede, a su vez, encomendar, conceder o atribuir el ejercicio de los correspondientes cometidos a los particulares, ya fuera a través de la figura de la concesión o por otros medios jurídicos como la gestión concertada, el permiso, etc. [4].

Esas actividades, cuando son prestadas por los particulares, se encuentran regidas por un régimen que es el común de la función administrativa, instituido para asegurar la continuidad, igualdad, regularidad y obligatoriedad de las prestaciones que satisfacen primordiales necesidades públicas. El particular, no obstante ser —en estos casos— un colaborador de la Administración Pública se halla sujeto a las potestades de ésta y, especialmente, a la fiscalización o control de la actividad que presta, sin perjuicio de lo cual, también suele recibir, por alguna de las técnicas de transferencia (siempre que la función sea delegable o transferible por su naturaleza), determinados poderes públicos que pertenecen *jure propio* a la Administración [5].

La adopción de un criterio técnico jurídico para caracterizar la noción de servicio público implica que éste se traduce en una actividad distinta a la regida por el Derecho Privado y, por lo tanto, extra-

2 DE CORAIL, Jean L., *La Crise de la Notion Juridique de Service Public en Droit Administratif Français*, pág. 1 y sigs., Paris, 1954; en nuestro país: GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, cap. XIV, págs. 12-14, Buenos Aires.

3 Concepción que, sin embargo, no se observa en materia contractual en aquellos países, como Francia, que han montado la noción de contrato administrativo, en razón del objeto, sobre la base de un concepto amplísimo de servicio público que equivale, en los hechos, a la propia función administrativa. Sin embargo, ello no trastrueca la noción técnica estricta pues aquella concepción extensiva sólo tiene sentido como cláusula general determinante de la naturaleza del contrato y de la competencia jurisdiccional para resolver las controversias que se suscitan con motivo de la celebración, ejecución, modificación o extinción de los contratos administrativos.

4 MAIORANO, Jorge L., "Algunas reflexiones acerca de la noción de servicio público", en RADA, nro. 14.

5 La Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que "la concesión de un servicio público importa atribuir a una persona de derecho privado una función que es propia del Estado y, a fin de asegurar el funcionamiento del servicio y otorgar una cierta estabilidad económica a su prestación, el concesionario se subroga a los poderes públicos en un conjunto de potestades y privilegios" (*Dictámenes*, t. 112, pág. 177).

ña a la esfera de libertad o franquía individual, importando la declaración como pública de una determinada función (*publicatio*) [6] lo cual determina, a partir de ese momento, que el ejercicio de la correspondiente actividad es servicio público y pasa a ser regulada por el Derecho Administrativo. Tal criterio supone desechar la noción subjetiva u orgánica ya que no hay interdicción alguna de principio para que los particulares presten materialmente los servicios públicos, no sólo a título propio sino como colaboradores de la Administración Pública, o bien, *jure propio* en aquellas actividades cuya titularidad les pertenece (como son los llamados servicios públicos impropios: taxis y farmacias).

El requisito de la existencia de ley (formal y material) como presupuesto *sine qua non* de la configuración del servicio público [7], puede surgir en forma expresa o tácita, lo cual no implica postular la tesis de la omnipotencia legislativa ya que si se atribuye calidad de servicio público a una actividad que no puede revestir tal condición, ello no restringe la facultad que poseen los jueces para desconocer su configuración mediante la interpretación del ordenamiento positivo [8] y de los principios generales del Derecho Administrativo. La declaración legislativa resulta también imprescindible para que se configure un servicio público impropio por las razones que más adelante se exponen.

A su vez, la circunstancia de decidir que una determinada actividad constituya un servicio público propio significa encuadrarlo en el ámbito del Derecho Administrativo —en armonía con lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación [9]—, cuya titularidad, a partir de la *publicatio*, pasa al Estado, no pudiendo los particulares ejercerlo *jure propio*. Esa titularidad no implica que el Estado actúa a título de dueño sino como titular de la regulación del servicio públi-

6 Véase: DE LA CUÉTARA, Juan M., *La Actividad de la Administración*, págs. 169-170, Madrid, 1983.

7 CANASI, José, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 12, Buenos Aires.

8 Conf. OYHANARTE, Julio, *La Expropiación y los Servicios Públicos*, pág. 55, Buenos Aires, 1954. Afirma este autor que "la presencia o la ausencia del servicio público depende por entero de una decisión legal, *lato sensu*, que puede ser expresa o tácita. Cuando es expresa, por supuesto el texto de la ley suprime las dificultades interpretativas. Incluso debe tenerse en cuenta que si una ley positiva erróneamente atribuye de modo expreso el carácter de servicio público a determinada actividad, pese a que, en principio, no cabría discutir tal calificación legal, la realidad prevalecerá tarde o temprano sobre la decisión del legislador".

9 LL, t. VII, pág. 634.

co que constituye, en algunos sistemas como ocurre actualmente en el nuestro, una actividad de gestión privada y sólo subsidiariamente estatal [10].

Excepcionalmente, el Estado podrá actuar a título de dueño cuando, conforme al ordenamiento o al respectivo contrato, proceda la extinción de la concesión o licencia y deba sustituir al prestador a fin de mantener la continuidad del servicio público.

2. LA LLAMADA CRISIS DE LA NOCIÓN JURÍDICA DE SERVICIO PÚBLICO

Hace algún tiempo comenzó a hablarse —particularmente en Francia— de una crisis de la noción jurídica de servicio público [11], crisis que se suponía reflejada en los tres elementos que componen el concepto tradicional de esta institución, a saber: el fin que el servicio cumple, la persona que lo presta y el régimen que lo regula [12].

Es evidente que el servicio público, como toda institución jurídica, sufre las transformaciones impuestas por el momento histórico en que le toca desenvolverse. En ese proceso, que varía según los distintos países, las instituciones albergan siempre una especie de dialéctica interna, signada por la realidad política, social y económica, que las lleva a transformarse, adaptarse o desaparecer temporalmente (esto último por la pérdida de vigencia o utilidad para la sociedad y el Estado). Pero lo que resulta claro es que la institución jurídica nunca se mantiene incólume frente a las transformaciones pues, al depender de la realidad, no puede sobrevivir sin adaptarse a ésta [13].

Un buen ejemplo de ese proceso de adaptación de las transformaciones operadas en el curso de este siglo es la teoría del servicio público cuya noción jurídica tradicional ha ido ampliándose en diferentes direcciones para satisfacer las necesidades primordiales del hombre. Por esa causa, más que de una crisis del concepto cabe hablar de una evolución [14] que viene a plantear nuevos problemas, ta-

10 La doctrina ha criticado el concepto de titularidad: MAIRAL, Héctor A., *op. cit.*, REDA, nro. 14, año 5, t. 1993, pág. 404 y sigs. En realidad, lo que resulta criticable es el régimen jurídico o bien, las consecuencias que se pretenden extraer de dicha titularidad. En tal sentido, quizás sea más conveniente utilizar, en el futuro, el concepto de *declaración legislativa* que refleja mejor lo que significa la *publicatio*, esto es, el sometimiento de una determinada actividad al régimen del servicio público.

11 DE CORAIL, Jean L., *op. cit.*, pág. 1 y sigs.

12 GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 262, Madrid, 1955.

13 Sin embargo, en muchas ocasiones una institución jurídica vuelve a tener vigencia por fruto de la realidad que recrea las condiciones en que aquélla se desenvolvía.

14 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 59, Buenos Aires, 1981.

les como el deslinde de otras actividades de prestación (actividades de interés público) pero cuya titularidad originaria privada torna suficiente la recurrencia a las técnicas de la policía para fiscalizar dichas actividades, sin perjuicio de la existencia de principios comunes.

Por de pronto, no puede hablarse de crisis del fin que persigue el servicio ya que éste —por más que se limite a la satisfacción de las necesidades primordiales colectivas— será siempre un elemento susceptible de ampliación o restricción conforme a los requerimientos de cada momento histórico [15].

En lo que concierne a la persona que atiende el servicio público el hecho que se admita —por vía de hipótesis— que las actividades sean prestadas por particulares *jure proprio* —como los taxis— fuera del campo de las figuras tradicionales de transferencia de funciones estatales (concesiones y permisos) implica, a lo sumo, una ampliación de la institución, lo cual, por lo demás, nació para regular la actividad de concesionarios privados a quienes se les transferían poderes públicos imponiéndoles, como contrapartida, un haz de deberes, obligaciones y cargas típicos de la función administrativa, pero que, desde entonces, pasaron a constituir el régimen del servicio público (continuidad, regularidad, igualdad y obligatoriedad).

Y menos aun puede hablarse de una quiebra de la noción jurídica tradicional en lo que atañe al régimen jurídico de Derecho Público que acompaña al servicio público. En efecto, la circunstancia de que el Estado haya asumido la realización de actividades industriales o comerciales bajo regímenes de Derecho Privado no permite inferir que en esas funciones se esté prestando un servicio público, ya que si la respectiva actividad se sujeta a las reglas propias de los negocios privados, ello constituye la demostración más cabal de que las correspondientes actividades civiles o comerciales resultan incompatibles con el régimen administrativo del servicio público. En definitiva, lo que hay que destacar en este proceso, es el hecho de haberse operado la extensión de la institución a ciertas actividades que los particulares ejercen *jure proprio*, calificadas por la ley como servicios públicos y sometidas a su régimen jurídico.

15 No creemos, sin embargo, que el fin sea un elemento subjetivo y contingente que no sirva para caracterizar al servicio público en un plano teórico estable como apunta GORDILLO (*op. cit.*, t. II, pág. XIII-10, Buenos Aires, 1975). Por lo demás, la mutación más o menos periódica o eventual de las necesidades no modifica el ingrediente teleológico de la concepción objetiva.

3. EL MONOPOLIO NO CONSTITUYE EL DATO ESENCIAL DE LA NOCIÓN

Se argumenta, generalmente por vía de la doctrina, en virtud de las dificultades que encierra la configuración de una noción unitaria, que la idea de monopolio es la que mejor explica la existencia de un régimen jurídico que se desenvuelve en un marco donde no se admite la libre competencia [16].

Esta tesis, que intenta definir el servicio público por un dato ajeno a su naturaleza, prescinde también de su régimen jurídico ya que es posible que existan actividades sometidas a dicho régimen que se lleven a cabo en forma competitiva [17].

La institución de monopolios en materia de los llamados servicios públicos, industriales o comerciales, contradice abiertamente el principio de subsidiariedad que legitima la gestión y, al propio tiempo, desemboca en un sistema de un alto costo social ya que las formas monopólicas de prestación de estos servicios públicos generan una ineficiencia natural que llega a resistir hasta los cambios tecnológicos, la racionalización del servicio y la selección del personal.

4. LA CONFIGURACIÓN DE UN CONCEPTO SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO

La coincidencia, en determinadas circunstancias históricas, del criterio orgánico o funcional con el material u objetivo [18] contribuyó a que pasaran inadvertidas las dificultades técnicas que plantea su conceptualización jurídica. Apenas éstas surgieron, a raíz de la extensión del concepto original, se propiciaron diversas concepciones tendientes a brindar una definición comprensiva del fenómeno que se intentaba captar [19].

16 GORDILLO, Agustín A., *Estudios de Derecho Administrativo*, pág. 41 y sigs., Buenos Aires, 1963.

17 Así acontece en realidad con numerosos servicios públicos tanto en nuestro país como en el extranjero (v.gr. entre nosotros el transporte colectivo en la ciudad de Buenos Aires y el auto-transporte de mediana y larga distancia).

18 Señala Vedel que "el servicio público se puede definir de dos formas: de una manera orgánica o formal o de una manera material. En su sentido orgánico o formal, el servicio público se caracteriza por una cierta organización, se trata de una empresa regida por la Administración. La definición material se refiere a la naturaleza de la actividad, considerada independientemente de la organización mediante la cual se ejerce la misma. Se definirá el servicio público como la actividad que tiende a satisfacer una necesidad de interés general" (*Droit Administratif*, pág. 683, Paris, 1968).

19 Véase: GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 365 y sigs., Madrid, 1985.

No se advirtió, empero, que una cosa es la base objetiva de la institución —aun con las caracterizaciones inherentes a su régimen jurídico tanto de fondo como de forma— y otra muy distinta es la posibilidad de una aplicación extensiva de su régimen a ciertas actividades que no constituyen servicios públicos (v.gr. colegios profesionales) en el plano material, asignadas a personas jurídicas no estatales. La aparición de este fenómeno conlleva la necesidad de adaptar las ideas sobre las que reposaba la noción tradicional y aun cuando no se llega a trastocar el concepto material del servicio público es evidente que este proceso conduce al descubrimiento de nuevos matices y caracteres distintivos respecto de actividades a cargo de particulares que, si bien revisten un indudable interés general, no llegan a constituir verdaderos servicios públicos [20].

La idea objetiva del servicio público [21] se combina con dos aspectos complementarios que permiten configurar el llamado servicio público propio a saber: *a)* la declaración legislativa que una actividad de prestación configura un servicio público (*publicatio*) y *b)* las notas que perfilan los caracteres de su régimen jurídico (regularidad, continuidad, igualdad, obligatoriedad y prerrogativas de poder público). En rigor, todo servicio público (ya sea propio o impropio) consiste en una prestación obligatoria y concreta [22], de naturaleza económico-social, que satisface una necesidad básica y directa del habitante (correos, transportes, electricidad, etc.) [23].

De lo expuesto se sigue —en primer término— que la noción de servicio público propio se limita a los que presta el Estado directa o

20 La explicación doctrinaria de este proceso expansivo se operó sin advertir que los aspectos inherentes a la titularidad o asunción estatal del servicio público (*publicatio*) y ciertos caracteres jurídicos propios de éste (v.gr. obligatoriedad) no se hallan presentes en las actividades de interés público que desarrollan personas privadas.

21 Seguida, en general, por nuestra doctrina: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 21 y sigs., Buenos Aires, 1981; DIEZ, Manuel M., *Manual de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 16 y sigs., Buenos Aires, 1979.

22 LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo*, págs. 510-511, Buenos Aires, 1986. Del carácter obligatorio de la prestación derivan importantes consecuencias jurídicas tanto en punto al derecho de los usuarios a reclamar el cumplimiento efectivo del servicio como en lo que respecta a su exigibilidad por parte de la Administración Pública cuando las prestaciones se encuentran a cargo de personas privadas y, al importar una restricción al principio de la libertad, la noción de servicio público debe ser excepcional.

23 La concepción objetiva no ha sido aceptada por LAUBADÈRE para quien no existen servicios públicos por naturaleza sino criterios subjetivos que emanan de la intención de los gobernantes (*Traité de Droit Administratif*, t. I, nro. 997 y sigs., pág. 547, Paris, 1970), lo que ha merecido la crítica de la doctrina (VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, traducción de la 6ª ed. francesa, Madrid, 1980).

indirectamente —ya sea por concesión o atribución legislativa (v.gr. las sociedades del Estado)— sin que influya la forma jurídica que posea la entidad prestataria.

En segundo lugar, hay que advertir que, ante la insuficiencia de la iniciativa privada, el Estado suele realizar también —en concurrencia con los particulares— actividades de interés público, de titularidad privada (por ejemplo: enseñanza y salud pública). En tal caso, aparece una virtual coincidencia entre el régimen del servicio público propio y el que corresponde a las actividades de interés público que lleva a cabo el Estado ya que, en ambos supuestos, se aplica el régimen común y propio de la función administrativa.

En definitiva, la reducción del concepto del servicio público [24] a la prestación individualizada [25] de actividades tendientes a satisfacer necesidades primordiales y directas de los habitantes cuya titularidad el Estado asume como propias implica separar aquellas actividades de interés público que los particulares pueden ejercer *jure propio*, en concurrencia o no con la Administración Pública, habida cuenta de que éstas pueden regularse mediante las técnicas de policía o limitación. Lo contrario implicaría forzar un régimen como el que tipifica al servicio público, que prevé mecanismos de acceso, intervención y control que resultan notoriamente distintos e inaplicables a las actividades particulares (v.gr. la igualdad de acceso a la enseñanza privada).

En lo que concierne a la utilidad de la noción de servicio público, si bien no presenta el interés que tiene en el derecho francés como delimitador de la competencia de los tribunales administrativos [26] y

24 La noción restringida del servicio público ha sido postulada por la jurisprudencia de la Cámara Comercial —Sala III— en el caso "Inversor SCPA" publicado en LL, t. 1980-D, pág. 558, con nota de Horacio P. Fargosi, sosteniendo que la actividad bancaria no configura un servicio público sino una mera actividad de interés general.

25 Apunta Linares que "...el servicio público debe consistir en prestaciones específicas y determinadas. Aunque reconocemos que la cuestión es opinable nos decidimos a excluir del concepto los servicios *uti universi* es decir los de defensa, seguridad y otros indeterminados frente a muchos destinatarios. De lo contrario, toda función pública sería servicio público, debido al hecho de que el administrado tenga derecho a recibir beneficio y que se las tenga que cumplir con respeto a la regla de igualdad y en forma regular" (*op. cit.*, pág. 511).

26 Sin embargo, el criterio del servicio público como delimitador de la competencia de la justicia federal en lo contencioso administrativo de la Capital Federal, ha sido postulado aun respecto de aquellos servicios públicos de utilización facultativa para atribuir dicha competencia en el juzgamiento de las cuestiones que se planteen en torno a ellos, sosteniendo que "aun cuando se admita que el vínculo entre el usuario y la empresa es contractual ello no implica excluir el sometimiento del primero al *status* reglamentario fijado por la Administración, cuya facultad de modificar dicho *status* no queda afectada por

pieza central de la definición del contrato administrativo [27], ella implica en Argentina, aun para el concepto restringido que se ha adoptado, la aplicación del régimen jurídico peculiar y específico del servicio público a determinadas actividades que prestan el Estado o los particulares.

5. ACERCA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS IMPROPIOS. LAS ACTIVIDADES DE INTERÉS PÚBLICO. LOS LLAMADOS SERVICIOS SOCIALES

Se ha dicho que la importancia del debate producido alrededor de la noción de servicio público se advierte en la revisión total operada en las categorías del Derecho Administrativo para encuadrar en la nueva realidad [28].

Como esta realidad se apoya en elementos históricos evolutivos, de cada país, no hay realmente una fórmula universal en cuanto a los cometidos que configuran servicios públicos lo que no es óbice para acudir a las categorías fundamentales elaboradas por la doctrina y jurisprudencia comparadas, en la medida que fueren compatibles con los principios y reglas (legales o jurisprudenciales) de nuestro Derecho Público.

En ese marco, la categoría del servicio público impropio permite excepcionalmente extender el régimen jurídico de dicha institución a determinadas actividades que prestan los particulares que constituyen un servicio virtual [29] u objetivo.

Lo curioso es que el servicio público impropio [30] no aparece como una excepción al principio de la titularidad privada de la pertinente actividad sino como una mera extensión del régimen jurídico del servicio público propio, cuya fuerza expansiva no llega, sin embargo, a producir una verdadera *publicatio*. Por ese motivo, el servicio público impropio existe sólo por extensión, al faltarle una de sus notas centrales [31], situación que conduce a prescindir del sistema de la conce-

---

la conclusión del contrato" (CNac. Fed. en pleno *in re* "Uriburu de Aldao, María C. c/ EN-Tel" de fecha 4-XII-1975, publicado en LL, t. 1976-A, págs. 357-358).

27 LAUBADÈRE, André De, *Traité Théorique et pratique des Contrats Administratifs*, t. I, pág. 59 y sigs., Paris, 1956.

28 VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo General*, 2ª ed., pág. 261, Bogotá, 1966.

29 Véase: VEDEL, Georges, *op. cit.*, trad. del francés, pág. 645 y sigs.

30 Véase: MAIORANO, Jorge L., *op. cit.*, pág. 15 y sigs.

31 En la Argentina existen actividades que configuran servicios públicos impropios, como el servicio de taxis. Un concepto más amplio de servicio público impropio es sosteni-

sión o permiso como presupuesto del otorgamiento del derecho a ejercerlo, para sustituirlo por la autorización.

Del carácter excepcional que particulariza a esta figura se desprende la necesidad de que exista declaración legislativa que establezca que una determinada actividad, de titularidad originaria privada, se convierta en servicio público y pase a regirse por su régimen jurídico, especialmente en lo que atañe a las reglas, a las que deberá ceñirse la pertinente actividad, que exigen una prestación obligatoria, regular, igualitaria y continua del servicio por parte de los particulares.

El Estado puede asumir también la realización de actividades de interés público de titularidad privada como son la enseñanza [32] y la actividad bancaria [33] entre otras, pero, en tal caso, si bien el régimen de tales actos puede ser, en algunas circunstancias, el que es propio de la función administrativa, ello no provoca una mutación o extensión del régimen jurídico del servicio público, cuando las actividades son prestadas por los particulares. De ese modo, no rigiendo la obligatoriedad se mantiene el principio de la libertad, el cual prevalece también sobre la regla de la igualdad que veda el acceso a la prestación en condiciones discriminatorias, principio que configura un verdadero derecho subjetivo de admisión, reservado al particular que realiza la prestación [34].

Tratándose de actividades de titularidad privada originaria el derecho a ejercerlas por parte de los particulares es pleno, lo que no significa, sin embargo, que sea absoluto ya que, en principio, todo derecho subjetivo tiene que ejercerse conforme a las leyes que lo reglamen-

---

do por Marienhoff incluyendo algunas actividades como el expendio de pan, carne y leche (*op. cit.*, t. II, págs. 39-40) que para nosotros constituyen actividades privadas que el Estado puede reglamentar en ejercicio del poder de policía.

32 Conf. ESTRADA, Juan Ramón de, "Enseñanza privada y servicio público", ED, t. 119, pág. 955 y sigs., especialmente págs. 964-967, y BARRA, Rodolfo C., "Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público", LL, t. 1983-B, pág. 363.

33 Conf. MANZANEDO, J. A. - HERNANDO, J. - GÓMEZ REINO, E., *Curso de Derecho Administrativo Económico*, pág. 485, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970; FARGOSI, Horacio P., "La actividad financiera privada ¿Servicio público impropio?", en *Estudios en Homenaje a Isaac Halperin*, pág. 739. En contra: LABANCA, Jorge, "Actividad bancaria como servicio público y autorización para funcionar como banco", en JA, t. 1967-VI, Sec. Doc. pág. 811.

34 La jurisprudencia —en el caso "Fundación San Martín de Tours"— ha considerado que los colegios privados no se encuentran obligados a aceptar a todos los aspirantes a ingresar e hizo lugar a una acción de amparo tendiente a anular la intervención dispuesta por el Ministerio en el registro de inscripciones (conf. Sala IV de la CNac. Apel. Cont. Adm. Fed., sentencia de fecha 15-IX-1981 publicada en LL, t. 1982-B, pág. 364, con nota de Barra).

tan (art. 14, Cont. Nac.), teniendo en cuenta, además, que reglamentar un derecho no es degradarlo ni suprimirlo o limitarlo irrazonablemente, sino hacerlo compatible con el derecho de los demás, y en este caso, con el interés general o público [35].

En cambio, la realización de servicios públicos está dentro de la finalidad [36] que asume el Estado a través de la *publicatio* (cuando son propios o en el caso de los llamados impropios, mediante la respectiva declaración legal), supone siempre la observancia de reglas que implican la obligatoriedad de la prestación con prevalencia de la igualdad sobre la libertad, lo que se justifica en virtud del carácter primordial que reviste la atención de determinadas necesidades colectivas.

Los servicios públicos propios se distinguen también de los llamados servicios sociales que presta el Estado en áreas tales como la cultura, salud pública, previsión social, cuya gestión suele encomendarse a órganos u entes administrativos, sin perseguirse fines de lucro. Esta actuación estatal, para la realización de prestaciones que no poseen contenido económico, no implica reemplazar ni sustituir la iniciativa privada que, respecto de estas actividades, continúa regida por el principio de la libertad, sin perjuicio de lo cual —cuando la actividad la lleva a cabo el Estado— se aplican los principios y normas propios de la función administrativa [37].

En definitiva, salvo que se configure la *publicatio* tales actividades no son de titularidad estatal ni su otorgamiento se rige por las técnicas de la concesión de servicios públicos [38] ni del permiso.

6. EL ACTO DE CREACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

La cuestión inherente al acto de creación del servicio ha sido motivo de diferentes posturas doctrinales que parten de la posición de sostener que el servicio público debe ser creado siempre por ley del Congreso (por tratarse, en definitiva, de la limitación a los derechos de propiedad y libertad de los particulares) [39] hasta sustentar la

35 *Fallos*, 136:161 y sigs., en el conocido caso "Ercolano c/ Lantieri Renshaw".

36 OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de, *Os Servicios de Utilidade Pública*, pág. 9, Curitiba (Brasil), 1940.

37 Ver: DIEZ, Manuel M., *Manual de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 13, Buenos Aires, 1980, considera que los servicios asistenciales son servicios públicos porque constituyen prestaciones que tienden a satisfacer necesidades de carácter general, conclusión que no compartimos por las razones que damos en el texto.

38 Conf. DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. II, pág. 13.

39 SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 67.

tesis de que, salvo la erección en monopolio o el otorgamiento de privilegios (que pertenecen a la competencia específica y privativa del Parlamento, conforme al art. 75, inc. 18 de la Const. Nac.) en los demás supuestos, la creación del servicio público corresponde a la competencia del Ejecutivo [40].

Por de pronto, hay que advertir que esta cuestión interpretativa se suscita en aquellos países —como el nuestro— donde no existe una cláusula genérica expresa en el ordenamiento constitucional, tal como ocurría en Francia, antes de la sanción de la Constitución de 1958 [41].

De acuerdo al criterio que venimos siguiendo hasta aquí y ante la ausencia de normas expresas en la Constitución, creemos que el acto de creación del servicio público debe ser llevado a cabo mediante una ley del respectivo parlamento (nacional o provincial) pues, aun haciendo abstracción de los aspectos presupuestarios que forzosamente precisan de la aprobación legislativa, hay una serie de razones que afirman esta interpretación. La primera razón obedece a la naturaleza de ley en sentido material que posee la norma que declara que una determinada actividad constituye un servicio público. La segunda razón, radica en que si el objeto del servicio público se halla constituido por prestaciones de naturaleza económica que, por principio, corresponden a la actividad de los particulares (art. 14, Const. Nac.) la asunción legal por el Estado de su titularidad —instituyendo un servicio público propio— (*publicatio*) requiere el dictado de una ley formal y material, porque impone una de las máximas restricciones a la propiedad y libertad, que en algunos casos resulta equivalente a una expropiación (cuando el servicio se encuentra prestado por particulares) que requiere ley declarativa de utilidad pública. En tercer lugar, la admisión del servicio público impropio exige una declaración legislativa, en atención a que la norma que sujete una determinada actividad de titularidad privada al régimen del servicio público implica transformar una actividad esencialmente libre en una actividad reglamentada por el Estado, donde el principio de libertad sufre importantes amputaciones al imponerse a los particulares la obligación de prestar el servicio en forma igualitaria

40 Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 87-93, 3ª ed., Buenos Aires, 1981, quien apunta que "dicha creación constituye uno de los tantos supuestos en que se manifiesta la actividad 'administrativa' del Estado, cuya gestión hállase constitucionalmente a cargo del Poder Ejecutivo (art. 86, inc. 1°, Const. Nac. [actual art. 99, inc. 1°]) integrando entonces, la 'Zona de reserva de la Administración' " (*op. cit.*, pág. 93).

41 VEDEL, Georges - DELVOLVE, Pierre, *Droit Administratif*, pág. 1099, 9ª ed., Paris, 1984.

a toda la población o a un sector de ella. Estos caracteres del régimen del servicio público (obligatoriedad e igualdad) junto a la exigencia de una prestación continua o intermitente (por una necesidad pública intensa) no aparecen exigidos en las llamadas actividades de interés público que desarrollan los particulares, sin perjuicio de la potestad estatal para reglamentar esas actividades mediante el poder de policía.

7. COMPETENCIA NACIONAL, PROVINCIAL O MUNICIPAL PARA CREAR EL SERVICIO PÚBLICO

Sobre la competencia para crear servicios públicos hay que atenerse a lo que dispone, en primer término, el ordenamiento constitucional del Estado federal y, luego, acudir a las constituciones provinciales.

En la Constitución Nacional el principio es que, salvo las potestades que hubieran sido expresamente atribuidas a la Nación (v.gr. art. 75, incs. 13, 14 y 18, Const. Nac.) o las que surjan de un modo implícito (art. 75, inc. 32, Const. Nac.) la competencia para crear servicios públicos corresponde a las Provincias por tratarse de una atribución inherente que ellas conservan (art. 121, Const. Nac.). Sin embargo, la creación de servicios públicos corresponderá a la competencia federal o nacional, cuando se trate de las potestades incluidas en los distintos incisos del art. 75 de la Const. Nac. (v.gr. servicio de correos, ferrocarriles, transporte interprovincial, etc.).

La competencia de los municipios para crear servicios públicos se circunscribe a su ámbito de actuación territorial y siendo un poder que no es originario sino derivado tendrá que surgir de la Constitución provincial o de la correspondiente ley orgánica municipal.

8. EL PODER REGLAMENTARIO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

En general, el acto de creación del servicio, máxime cuando se trata de los servicios públicos impropios, suele contener algunas prescripciones inherentes a las reglas generales y principios a los que el servicio habrá de sujetarse.

En otros casos, ello no ocurre así, planteándose entonces el problema de interpretar si la determinación de las reglas que hacen a la llamada organización del servicio público es una actividad que cae bajo la competencia del Congreso o del Poder Ejecutivo. Al respecto, creemos que, sin perjuicio de las potestades reglamentarias que posee el órgano Ejecutivo conforme a la Constitución, la jurisprudencia

y la doctrina para emitir reglamentos ejecutivos, autónomos, delegados y de necesidad y urgencia, el dictado de las normas inherentes a la organización del servicio público corresponderá a la competencia del órgano legislativo cuando ello implique limitar o restringir la propiedad privada y las libertades fundamentales (libertad individual y libertad de comercio o de industria) [42].

9. MODIFICACIÓN Y SUPRESIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La potestad de modificar las reglas generales organizatorias de los servicios públicos pertenece al órgano del cual emanaron tales reglas. El mismo principio se aplica cuando se modifiquen las normas que conciernen a la creación del servicio público [43].

En lo que atañe a la supresión del servicio público rige también el principio del paralelismo de las formas y de las competencias requiriéndose siempre de una ley formal, a menos que la creación del servicio público hubiera sido dispuesta por reglamento delegado [44].

10. RÉGIMEN JURÍDICO: REGLAS GENERALES RELATIVAS AL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Las necesidades colectivas que se satisfacen por el procedimiento del servicio público y que justifican la *publicatio* o, en su caso, la declaración legislativa de una determinada actividad que desarrollan los particulares como "servicio público impropio", conducen a la institución de un régimen jurídico peculiar, que no es otra cosa que un aspecto del llamado "régimen exorbitante" o típico del Derecho Administrativo, constituido por una serie de prerrogativas, obligaciones y garantías [45]. Cuando el servicio público se encuentra presta-

42 Conf. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. III, pág. 159, Buenos Aires, 1951.

43 DIEZ, Manuel M., con la colaboración de HUTCHINSON, *Manual de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 3.

44 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 101, acepta, en cambio, la posibilidad de que los servicios públicos sean suprimidos por simples hechos, tesis que es consecuencia de su posición doctrinaria en cuanto admite que pueda haber servicios públicos por naturaleza, con independencia de la declaración legislativa. Nosotros creemos que, si el servicio público propio requiere siempre la *publicatio* y, el impropio, de una declaración legislativa, por las razones que hemos expuesto, no es posible aceptar servicios públicos por naturaleza máxime cuando el régimen de todo servicio público implica limitaciones y restricciones a los derechos de propiedad y libertad.

45 En sentido similar: BENOIT, Francis P., *Droit Administratif*, págs. 775-777, Paris,

do por el propio Estado en forma directa, ese régimen es parte de la función administrativa, aun cuando dentro de ésta posee caracteres específicos que lo tipifican y lo distinguen de otras formas de acción de la Administración Pública (v.gr. policía). Lo peculiar, es aquí, la extensión del régimen administrativo del servicio a los particulares que prestan un servicio público (v.gr. servicio de taxis o de transporte colectivo).

Importa advertir también que, en virtud de que las reglas generales que rigen el funcionamiento de los servicios públicos no se encuentran muchas veces legisladas de un modo expreso, el régimen jurídico se configura igualmente sobre la base de determinados principios generales del derecho [46], como el de la continuidad del servicio público, el cual se desprende de la naturaleza de la propia actividad que hay que satisfacer de un modo intermitente.

Veamos, en lo que sigue, algunos [47] de esos principios fundamentales:

A) El principio de la continuidad del servicio público. Las huelgas en los servicios esenciales

Si la causa que legitima la existencia de un servicio público es una necesidad colectiva de tal entidad que no puede satisfacerse de otra manera que mediante la técnica de esta institución, el modo de asegurar que la prestación se haga efectiva es, precisamente, la regla de la continuidad.

Según este principio, el servicio público ha de prestarse sin interrupciones; sin embargo, ello no implica en todos los supuestos, la

---

1968. La doctrina de nuestro país considera que estas reglas y principios constituyen los caracteres del servicio público: BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 118, 3ª ed., Imprenta de la Universidad del Litoral, Santa Fe, 1937; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 62 y sigs.; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *op. cit.*, t. III, pág. 56; GORDILLO, Agustín A., *Estudios de Derecho Administrativo*, pág. 35; Buenos Aires, 1963, mencionando como tales a la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad. Algunos autores incluyen, con razón, también, a la obligatoriedad (Sayagués Laso y Marienhoff), lo que tiene trascendencia en punto al derecho del usuario para reclamar la prestación.

46 Ver: CASSAGNE, Juan C., "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo", pág. 91, Buenos Aires, 1988, y DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, t. III, pág. 207, Buenos Aires, 1967.

47 Tales principios son, para nosotros, básicamente cuatro y se refieren a la continuidad, la regularidad, la igualdad y la obligatoriedad de la prestación de la respectiva actividad. En cuanto a la llamada uniformidad ella no es otra cosa que una faceta de igualdad. A su vez, no creemos que la generalidad deba ser ni sea un principio en esta materia, toda vez que cabe admitir la prestación de servicios parciales en determinados lugares sin lesión a la igualdad.

continuidad física de la actividad pues sólo se requiere que sea prestada cada vez que aparezca la necesidad (v.gr. servicio público de extinción de incendios).

La continuidad del servicio público se protege por dos medios, a saber:

a) por la posibilidad de que la Administración proceda a la ejecución directa del servicio cuando éste sea prestado por particulares, y

b) por la reglamentación del derecho de huelga en los servicios públicos [48] sobre la base de que, en principio, la huelga se encuentra limitada por las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos [49] al igual que los paros patronales. En este sentido, tanto el ordenamiento positivo de Argentina como el de otros países han instituido el arbitraje obligatorio como un modo de solucionar los conflictos colectivos que puedan ocasionar la suspensión, paralización y negación de los servicios públicos esenciales [50].

Es sabido que el reconocimiento del derecho de huelga, producido en este siglo, es obra del constitucionalismo social que lo ha incorporado en muchas constituciones modernas [51]. De ese modo, la huelga, de ser un hecho, por lo común antijurídico, pasó a convertirse en un derecho de jerarquía constitucional o, al menos, legal en aquellos países, como los Estados Unidos [52], que no lo han incorporado a su carta constitucional.

48 *Vid.* y ampliar en CASSAGNE, Juan C., "La reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales", ED, diario del 13-VIII-1990, pág. 1 y sigs.

49 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 64 y sigs. En tal sentido, la interpretación razonable del art. 14 bis, Const. Nac., no implica consagrar el derecho de huelga de un modo absoluto pudiendo la ley reglamentar su procedencia limitándola a fin de no afectar el funcionamiento de los servicios públicos.

50 El arbitraje obligatorio fue instituido por dec. 8946/62, derogado por la ley 16.936, y finalmente restablecido a través de la ley 20.638. A su vez, la ley 17.183 faculta a las autoridades a sancionar a los agentes que prestan servicios públicos que recurran a medidas de fuerza. Sobre la ineficacia de la actual legislación para garantizar la continuidad de los servicios públicos: Véase: VIVOT, Julio, "La huelga de los empleados públicos y en los servicios públicos", en DT, t. XLIV-B, Sección Doctrina.

51 V.gr. en la Constitución de España de 1978 (art. 28.1); en la italiana de 1948 (art. 39); también en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 (declarado vigente por la Constitución de 1958) y en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (art. 9.3).

52 Especialmente, a partir de la Ley Taft de 1947 y de la Ley Landrum-Graffith de 1959. Al fundamentar esta última la Comisión Redactora del proyecto de ley precisó: "El objetivo de la política del Estado en esta área es fácilmente explicable. Fue muy importante legalizar el poder sindical como contraparte de las poderosas corporaciones industriales. Es importante mantener la organización sindical fuerte. Pero la creación de ins-

En rigor, esta última debió haber sido también la orientación de nuestro derecho positivo si hubiera seguido fiel al modelo adoptado, pero los constituyentes que aprobaron la reforma constitucional de 1957 lo incorporaron a la Constitución Nacional, en el agregado que efectuaron al art. 14, como un derecho garantizado a los gremios [53]. Su inserción en el citado artículo constituye un verdadero injerto y ha venido a plantear una honda problemática jurídica (aún no resuelta totalmente en nuestro país) ya que el "status" constitucional del derecho de huelga aparece en colisión directa con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución produciendo una importante fractura en el sistema de garantías, al que le resta la vigencia y operatividad.

Toda huelga afecta no solamente los derechos de los patrones o empresarios —las llamadas libertades económicas y el derecho de propiedad— sino también la libertad de trabajo de los dependientes (derechos todos cuya efectividad la Constitución reconoce y garantiza en los arts. 14, 17, 19 y 28).

Pero, además, y esto es lo que no ha sabido verse con claridad hasta hace poco tiempo, la huelga daña profundamente el tejido social, careciendo de sentido considerarla bajo la óptica de una relación interprivada, porque tanto su extensión como sus objetivos y formas de ejecución rebasan la perspectiva particular de las relaciones entre empresarios y trabajadores, para ingresar decididamente en el ámbito de lo público.

Esta calidad pública que posee la huelga se refleja con mayor intensidad cuando se trata de la prestación de servicios esenciales para la población ya que si el trabajo humano goza —en el plano de los valores— de prelación sobre los demás factores económicos [54] el Estado no puede tolerar, sin agravio a la justicia, que grupos, sectores o corpora-

---

tituciones investidas de poder suficiente para cumplir sus objetivos, también crea el peligro de que esas instituciones puedan erróneamente ir más lejos de sus objetivos o puedan ser usadas en beneficio de quienes las dirigen, en lugar de ser utilizadas en beneficio de aquellos a quienes se busca proteger. La política del Estado debe ser minimizar ese riesgo sin despojar a los sindicatos de la posibilidad de cumplir sus verdaderas funciones" (COX, A., *Law and National Labor Policy*, II, 1960, Universidad de California).

53 Conf. SAGÜÉS, Néstor P., *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. II, dirigido por VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, págs. 828-829, Buenos Aires, 1982, en contra BIDART CAMPOS, Germán J., "La titularidad del derecho de huelga en la Constitución Argentina", en ED, t. 114, pág. 815.

54 La primacía ha sido remarcada por la Doctrina Social de la Iglesia (*Gaudium et Spes*, cap. III, sección segunda, parágrafo 67).

ciones abusen de su poder para impedir el trabajo que otros necesitan realizar para subsistir y mejorar sus condiciones de vida.

En ese plano, las huelgas perjudican, directa o indirectamente, a todos los habitantes en su condición de proveedores, usuarios, consumidores, etc., impedidos de trasladarse de un lugar a otro, comunicarse con un semejante o atenderse en un establecimiento sanitario, para citar algunos de los ejemplos más reiterados.

Y esa mirada sobre la faceta pública de la huelga nos muestra la profunda desproporción que existe entre el sacrificio de unos y otros, entre los beneficios individuales o corporativos y los de la sociedad en su conjunto, poniendo en evidencia los graves daños económicos y sociales que provoca un conflicto colectivo, máxime cuando interrumpe la continuidad de los servicios públicos.

Lo que se halla en juego entonces es la privación del bien común cuya protección está confiada a los gobernantes. Por eso, en la naturaleza del derecho de huelga ha de verse la de un derecho secundario cuyo ejercicio no implica el ejercicio de una facultad normal derivada de una auténtica y primaria libertad. No configura, pues, un derecho fundamental ya que no podría concebirse la existencia de un derecho pleno para frustrar las libertades esenciales de las personas. ¿Cuál es entonces la real naturaleza de este derecho? La clave de su sustancia jurídica, evidentemente, consiste en concebir a la huelga como un derecho de excepción, un remedio extremo [55] cuyo fundamento radica en el estado de necesidad que sufren los trabajadores o empleados. Su legitimidad no es de principio sino que irrumpe en el plano del derecho como un instituto jurídico de carácter excepcional.

El ejercicio del derecho de huelga se encuentra, entonces, siempre condicionado o limitado por el bien común que debe marcar, a través de la legislación, la línea divisoria entre su legítimo ejercicio y el abuso del derecho.

Este punto de vista ha sido sostenido, reiteradamente, en las Encíclicas papales, donde se ha sentado la doctrina de que cuando alcanza a servicios esenciales la continuidad de éstos ha de asegurarse mediante reglamentaciones adecuadas, ya que si el abuso de la huelga conduce a la paralización de toda la vida socio-económica esto resulta contrario al bien común de la sociedad, de cuya naturaleza participa el trabajo mismo [56].

55 Esta naturaleza resulta atribuida por la Doctrina Social de la Iglesia (*Gaudium et Spes*, cap. III, sección segunda, parágrafo 68 *in fine*).

56 *Laborem Exercens*, párrafo 20, *in fine*.

El ordenamiento actual no prevé la interdicción de las formas irregulares que puede asumir un conflicto colectivo de trabajo ni procedimiento alguno de prevención que encauce la huelga de los servicios esenciales. Al propio tiempo, la normativa legal o reglamentaria debería estatuir un sistema de prestaciones mínimas para la prestación de los servicios esenciales y un régimen sancionatorio, extensivo a los gremios, que garantice contra el abuso en el ejercicio del derecho de huelga y la alteración de la continuidad de los servicios.

B) La regularidad del servicio público

Si bien para un sector de la doctrina la regularidad constituye una consecuencia del principio de la continuidad del servicio público [57] lo cierto es que son dos reglas diferentes. En efecto, si la regularidad se refiere a la prestación del servicio de acuerdo a las reglas que surgen del reglamento que rige el servicio o del contrato de concesión (en su caso), bien puede ocurrir que dicha prestación se lleve a cabo de manera continua pero irregular. Por ese motivo, el llamado impropiamente "trabajo a reglamento" que practican determinados sindicatos (que consiste en una interpretación literal o rigurosa de ciertas normas o en interpretarlas de mala fe) configura una afectación del principio de la regularidad [58].

C) El principio de la igualdad

La igualdad, entre nosotros, se encuentra reconocida en el art. 16 de la Const. Nac. que prescribe que todos los habitantes son iguales ante la ley; sin embargo, vinculado con el principio general del derecho que constituye la base del citado precepto, dicha igualdad se extiende ante la Administración [59] y frente a los prestatarios del servicio público que al colaborar con la función administrativa se someten a su régimen exorbitante.

De ese modo, la igualdad juega como una garantía para los usuarios del servicio en el sentido del derecho que poseen a que se les dispense igual tratamiento, jurídico y económico, sin efectuar discriminaciones, a menos que éstas se funden en la desigual condición o situación en que objetivamente se encuentra cada usuario. La igual-

57 VEDEL, Georges - DELVOLVE, Pierre, *op. cit.*, pág. 1110; CHAPUIS, René, *Droit Administratif Général*, t. I, pág. 444, Paris, 1986.

58 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *op. cit.*, t. III, pág. 61.

59 Ver: CASSAGNE, Juan C., "La igualdad en la contratación administrativa", en *Cuestiones de Derecho Administrativo*, pág. 97, Buenos Aires, 1987.

dad se refiere tanto al acceso al servicio como al precio o tasa que perciba el prestatario.

En general, la aplicación del principio de igualdad, que no presenta mayores inconvenientes cuando se trata de actividades regidas por un estatuto o reglamento, suele plantear algunos problemas cuando el vínculo entre el usuario y quien presta el servicio es de naturaleza contractual. En tales casos, la igualdad no debe considerarse conculcada cuando se pactan precios diferentes en función de la magnitud de las prestaciones, lo que suele ocurrir en el servicio de energía eléctrica [60].

D) La obligatoriedad

La configuración del régimen jurídico del servicio público quedaría desprovista de sentido si no se asegurara la prestación efectiva del mismo y la consecuente satisfacción de las necesidades colectivas. A ello tiende, precisamente, el principio de obligatoriedad que predica no sólo una vinculación entre el Estado y el prestatario (en los supuestos de los llamados servicios públicos impropios) sino el derecho de los usuarios que utilizan el servicio para reclamar ante quienes lo prestan (ya sea el Estado o los particulares) su realización efectiva [61].

Sección 2ª

LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LAS RELACIONES JURÍDICAS QUE VINCULAN A LOS USUARIOS

1. NACIONALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. REMISIÓN

Hemos analizado, con anterioridad lo atinente al llamado proceso de nacionalizaciones [62], la mayor parte de las cuales se han produ-

60 Esto ocurre, en general, en los llamados servicios públicos industriales o comerciales. En el caso del servicio público de electricidad, en Argentina al igual que en otros países, suelen pactarse condiciones especiales cuando se trata de empresas que consumen grandes cantidades de energía eléctrica, lo que no se ha considerado violatorio, en Francia, del principio de igualdad (véase: VEDEL, Georges - DELVOLVE, Pierre, *op. cit.*, pág. 1113).

61 Véase: VEDEL, Georges - DELVOLVE, Pierre, *op. cit.*, pág. 1114, y entre nosotros: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 78 y sigs., Buenos Aires, 1981. DIEZ, Manuel M., *Manual de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 23.

62 CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 302 y sigs., 3ª ed., Buenos Aires, 1991.

cido en el campo de los servicios públicos, a través de la asunción por el Estado de la explotación económica de las respectivas actividades en forma directa, instituyendo, al propio tiempo, diversos monopolios legales.

2. SISTEMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La problemática de la gestión de los servicios públicos gira en torno de los servicios públicos propios ya que los llamados impropios tienen, prácticamente, un sólo régimen jurídico y funcionan mediante el empleo de la técnica autorizatoria.

Sin entrar a las debatidas cuestiones de naturaleza política y económica que rodean el análisis de los sistemas de prestación, las diferentes formas de gestión de los servicios públicos propios, interesan fundamentalmente al Derecho Administrativo por tres razones, a saber: a) la condición jurídica del prestatario; b) las relaciones entre los prestatarios particulares y el Estado (en los supuestos de gestión indirecta) y c) el derecho de los usuarios a reclamar las prestaciones.

No ha de olvidarse tampoco que, conforme al principio de la subsidiariedad, existe una regla general que determina que la prestación de los servicios públicos debe ser efectuada por los particulares, justificándose la asunción de la gestión directa por el Estado solamente cuando la iniciativa privada revele desinterés, insuficiencia o ineficacia. Es este un verdadero principio general del derecho [63]. Sobre esa base, una vez que se haya operado la *publicatio*, que implica la asunción de la titularidad del servicio por parte del Estado, éste puede organizar alguno de los siguientes sistemas de prestación:

A) Gestión directa

En nuestro ordenamiento, este tipo de gestión comprende distintas formas jurídicas pues el servicio público puede prestarse mediante alguno de estos modos a: *1)* empresa sin personalidad jurídica propia; *2)* persona pública estatal o entidad descentralizada, incluidas las empresas del Estado regidas por la ley 13.653 y complementarias; *3)* sociedad del Estado; *4)* sociedad anónima de participación mayoritaria estatal; *5)* sociedad de economía mixta o sociedad anónima común (cuando el Estado tuviera la mayoría del capital de la entidad) [64].

63 Véase: CASSAGNE, Juan C., *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, pág. 91, Buenos Aires, 1988.

64 En caso contrario, si en la sociedad de economía mixta prevaleciera el capital pri-

B) Gestión indirecta

Se produce cuando el Estado, sin relegar sus potestades ni renunciar a su titularidad le encomienda a un particular, por lo común dotado de organización empresaria, la prestación de un servicio público. Aquí también son varias las formas que puede asumir esta clase de gestión que van desde la figura de la concesión y del permiso hasta la locación [65]. De ellas nos ocuparemos al estudiar el régimen de los contratos y demás figuras afines cuyo objeto es la prestación de servicios públicos.

Por excepción, puede darse también la gestión indirecta en la llamada colaboración que realizan los particulares en forma paralela, por participación o por injerencia [66].

3. NATURALEZA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LOS USUARIOS Y LAS ENTIDADES PRESTATARIAS DEL SERVICIO

La situación jurídica del usuario del servicio público ha sido y es aun todavía materia de controversias, habiéndose sostenido dos tesis contrapuestas. Así, mientras la concepción privatista caracteriza a la relación que une al usuario con quien presta el servicio como un contrato de Derecho Privado la corriente publicista, considera que

---

vado la gestión sería indirecta. Algunos autores (Garrido Falla) consideran que, en tales supuestos, hay que suponer la existencia de una gestión mixta pero nos parece que, si bien esta clasificación puede tener virtualidad en materia económica y societaria, ella no plantea diferencias jurídicas fundamentales dentro de las formas de gestión (véase: GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 411 y sigs., Madrid, 1980).

65 La doctrina incluye también entre las formas de gestión indirecta a la actividad de las cooperativas que, generalmente, revisten la condición jurídica de concesionarias de servicios públicos. Las cooperativas integradas por particulares son personas jurídicas privadas; véase: CARELLO, Luis A., "Las cooperativas de servicios públicos ¿Personas Públicas o Privadas?", en *Cooperativas de Servicios Públicos*, pág. 17 y sigs., Buenos Aires, 1987. En el mismo sentido, HALPERIN, David, *Consecuencias de la Naturaleza de las Cooperativas de Servicios Públicos*, pág. 97, cit., y CASSAGNE, Juan C., *La Condición Jurídica de las Cooperativas Prestatarias de Servicios Públicos*, cit., pág. 37 y sigs.

66 Esta clasificación proviene de Hauriou, véase al respecto: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, págs. 192-193. La colaboración por actividad paralela supone que el Estado permite a los particulares la realización de determinadas actividades en concurrencia con la gestión directa, dato este que no se da en la colaboración por participación, que puede ser voluntaria (como la concesión) o forzosa (la carga pública). La colaboración por injerencia revela la realización de prestaciones de servicios públicos que favorecen a la Administración y que los particulares llevan a cabo sin título legal ni acuerdo con la Administración. La doctrina está conteste en aplicar aquí los principios de la gestión de negocios o del enriquecimiento sin causa (conf. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 193).

tales vinculaciones pertenecen siempre al Derecho Administrativo, en virtud de la situación estatutaria, reglamentaria o legal que rige el servicio [67].

En rigor, no es posible deslindar genéricamente, para todos los supuestos, la situación jurídica del usuario, cuya caracterización dependerá de los elementos que sean propios de cada relación jurídica. De este modo, la naturaleza pública estatal de la entidad prestataria unida a la presencia de un régimen exorbitante (en los servicios públicos se instrumenta en la ley o reglamento) indican que la relación pertenece al Derecho Público (pudiendo ser tanto contractual como reglamentaria).

A su vez, la relación entre un concesionario privado de servicios públicos y el usuario se rige, en principio, por el Derecho Privado, sin perjuicio de que corresponda al Derecho Administrativo todo lo atinente a la reglamentación del servicio.

4. LA ADMISIÓN DE LOS PARTICULARES AL SERVICIO PÚBLICO

El derecho a ser admitido como usuario de un servicio público es corolario del principio de igualdad [68] según el cual, la correspondiente prestación debe garantizarse a todos los habitantes que se encuentren en condiciones iguales o semejantes. De ahí que sea posible establecer requisitos generales o especiales de admisión, de carácter subjetivo u objetivo, a condición de que ellos no sean discriminatorios.

El derecho de admisión existente en ciertos sectores (v.gr. bancos y enseñanza privada) demuestra hasta qué punto ellos no configuran servicios públicos sino actividades de interés público, sometidas a una reglamentación más intensa que las meras actividades privadas, en razón de que también satisfacen necesidades colectivas, aun cuando no se encuentran alcanzadas por el régimen propio del servicio público, no obstante la marcada injerencia que pueda tener, en esas relaciones, el Derecho Administrativo.

Al conseguir la admisión al servicio el particular pasa a ser titular de un verdadero derecho subjetivo a la prestación [69], cuya exigibi-

67 Una síntesis de estas concepciones en: GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, págs. 426-431, Madrid, 1980.

68 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª ed., pág. 70, se inclinan por el respeto al principio de igualdad cuando el particular accede a un servicio público.

69 DIEZ, Manuel M., *Manual de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 41, Buenos Aires, 1980, recuerda que algunas leyes nacionales consagraron en su momento, el derecho de

lidad puede pretender ante la Administración o la Justicia, según la clase de relación que lo vincule al prestatario y a tenor de las normas o cláusulas específicas y concretas de cada servicio.

5. RETRIBUCIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Sin dejar de reconocer la posible existencia de actividades administrativas que satisfacen necesidades colectivas, cuya remuneración no se encuentra a cargo de las personas directamente beneficiadas (aun cuando, en todo caso, ellas resulten solventadas a través de impuestos que se imponen sobre los contribuyentes), el principio en la materia consiste en que todo servicio público sea retribuido por los usuarios a través de una tasa, precio o contribución de mejoras [70].

Y si bien algunas de dichas figuras jurídicas son estudiadas principalmente por el derecho financiero o tributario, en cuanto se trata de las relaciones que nacen del poder tributario del Estado, no puede desconocerse la íntima conexión que existe con el Derecho Administrativo en punto a determinados principios que deben regir las tarifas [71] de servicios públicos.

6. FIJACIÓN DE LAS TARIFAS: NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO

La determinación de los precios y tasas que los usuarios deben abonar como contrapartida de las prestaciones que reciben al utilizar los servicios públicos no configura un reglamento administrati-

---

los usuarios a la prestación de los servicios públicos, como las leyes 750, 816 y 2873. Lamentablemente, en este aspecto, la intervención estatal nada hizo en protección de los usuarios.

[70] La doctrina ha debatido el sentido y alcance de estos conceptos jurídicos. En rigor, la tasa se distingue del impuesto en que es la contraprestación de un servicio efectivamente prestado a un usuario concreto y determinado, mientras que la diferencia entre la tasa y el precio reposa en la naturaleza obligatoria de la relación con el prestatario, lo que origina una situación legal o reglamentaria (v.gr. servicio público de alumbrado, barrido y limpieza), a contrario de lo que ocurre con el precio, donde aquella relación es convencional o contractual y el particular no está forzado a utilizar el servicio (v.gr. servicio público de transporte). A su vez, la contribución de mejoras es una figura tributaria conectada a la construcción de una obra pública (que no implica necesariamente un servicio) que provoca un aumento en el valor de las propiedades cercanas a dicha obra que, en principio, debe ser de beneficio local. Sobre estos conceptos véase: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 133 y sigs.

[71] Las tarifas son listas de tasas o precios, véase: VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. III, pág. 178.

vo [72] habida cuenta que el respectivo acto no integra el ordenamiento jurídico, es decir, no prescribe reglas de derecho.

Sin embargo, tampoco constituye un acto administrativo concreto creador de situaciones jurídicas subjetivas, toda vez que constituye la base objetiva y general, en cuyo marco se desenvuelven diversos actos singulares, sometidos, por regla general, a las regulaciones del Derecho Privado.

Por este motivo, la naturaleza del acto de fijación de tarifas de los servicios públicos prestados en forma monopólica es la propia de los actos de alcance general que, aun cuando no integran el ordenamiento jurídico, se rigen en gran medida por los principios y normas aplicables a los reglamentos (v.gr. publicidad, igualdad, irretroactividad, impugnabilidad, etc.). Si los servicios se llevan a cabo en un marco de concurrencia donde su utilización resulta facultativa, los precios pueden establecerse por vía contractual si prevalece el principio de libertad, o mediante una suerte de contrato de adhesión entre el usuario y quien presta el servicio público.

7. LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LAS TARIFAS

Entre los principios a que deben sujetarse las tarifas de servicios públicos (aparte de los que resultan de los caracteres de la institución, como el de igualdad) cabe mencionar a los principios de proporcionalidad e irretroactividad que constituyen principios generales del Derecho Administrativo, se hallen o no incorporados al ordenamiento positivo o a las cláusulas contractuales que rigen el respectivo servicio [73].

72 Para Ariño Ortiz "...las tarifas deben ser calificadas claramente como norma, esto es derecho objetivo, en cuanto constituyen la pauta, regla, escala de la que derivan derechos y deberes para los sujetos", siendo, por lo tanto, normas complementarias que integran y completan la regla jurídica (conf. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Las tarifas de los servicios públicos*, pág. 124, Sevilla, 1976). En el mismo sentido: MEILÁN GIL, José L., *La Distinción entre Norma y Acto Administrativo*, pág. 50, Madrid, 1967. Por las razones que damos en el texto consideramos que el acto de fijación de las tarifas no es un acto reglamentario sino un mero acto de alcance general.

73 Como tales, los principios de proporcionalidad e irretroactividad tienen mayor jerarquía que las normas positivas ya que aun cuando pudieran ser objeto de delimitación legislativa o reglamentaria, no se pueden degradar, suprimir ni transformar su esencia y sentido.

A) La proporcionalidad tarifaria

Tanto en la legislación como en la doctrina y jurisprudencia es de recibo el principio de proporcionalidad de las tarifas, pese a no encontrarse nominado expresamente en el ordenamiento. Esa razonabilidad constituye una garantía constitucional innominada exigible, en definitiva, en virtud de lo prescripto en el art. 28 de la Const. Nac. De lo contrario, por vía del establecimiento de una tarifa desproporcionada se podrían conculcar ciertos derechos fundamentales de la persona que, en nuestro ordenamiento constitucional tienen preeminencia, como son los derechos de propiedad y de libertad.

Este principio suele instrumentarse mediante la cláusula que prescribe que las tarifas han de ser "justas y razonables" [74]. En dicha fórmula lo justo se refiere fundamentalmente a los aspectos jurídicos, es decir, al modo de aplicar las tarifas mientras que lo razonable se vincula al *quantum* de las mismas. En este sentido, tanto las tasas como los precios integrantes de aquéllas deben surgir de una ecuación equilibrada con el costo del servicio, al que cabe añadir una utilidad tasada y establecida también en forma proporcional, cuando el servicio es prestado por un concesionario o permisionario privado.

La quiebra de este principio da pie a la impugnación en sede judicial de la respectiva tarifa o de su acto particular de aplicación por parte del particular afectado.

B) La irretroactividad de las tarifas

Cuando la fijación de tarifas la realiza el Estado la naturaleza jurídica de acto de alcance general que corresponde atribuir al acto de determinación da lugar a la aplicación del principio de irretroactividad que rige para las leyes, actualmente prescripto en el art. 3° del Cód. Civ., después de la reforma introducida por la ley 17.711 [75].

Esta norma, si bien admite la posibilidad de que la propia ley estatuya la retroactividad de sus disposiciones, prescribe también que "en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales".

74 BIELSA, Rafael, *La Locución Justa y Razonable en el Derecho y la Jurisprudencia*, Rosario, 1942.

75 En este caso se opera tanto la aplicación analógica como la supletoria ya que siendo similar la situación retroactiva que genera la ley y el mero acto de alcance general, el precepto contenido en el art. 3° del Cód. Civ. se aplica en forma subsidiaria, por integrar la parte general o preliminar de dicho cuerpo normativo, de vigencia general para todas las ramas del derecho.

La aplicación de una tarifa que imponga en forma retroactiva nuevos precios o tasas sería un acto inconstitucional por cuanto privaría a los usuarios de un derecho adquirido a pagar el valor de prestaciones ya efectuadas e incorporadas definitivamente a su patrimonio. En tales supuestos, según lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el principio de irretroactividad se confunde con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada en el art. 17 de la Const. Nac.

En consecuencia, poco importa si se ha abonado o no la tasa o precio respectivo [76] por parte del usuario para cuestionar la irretroactividad de las tarifas ya que, tratándose de prestaciones consumadas respecto de personas determinadas, se configura siempre un verdadero derecho adquirido al pago del valor fijado al momento de realizarse las prestaciones.

76 En materia tributaria, con respecto a los llamados hechos imponibles instantáneos que son aquellos que se originan o perfeccionan en determinado momento se ha negado la posibilidad de una aplicación retroactiva de la ley en tales supuestos, véase: GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., *Garantías Constitucionales*, pág. 168, Buenos Aires, 1984, postura que compartimos.

CAPÍTULO II

LA ACTIVIDAD INTERVENTORA Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS PRIVADOS

SUMARIO

1. Introducción.
2. Origen y evolución del concepto de policía.
3. La acción interventora del Estado: actos de gravamen y actos favorables.
4. La distinción entre el llamado "Poder de Policía" y la policía administrativa.
5. Sobre los límites de la actividad estatal limitativa de los derechos individuales. Lo atinente al fin.
6. La técnica específica de limitación de derechos privados por razones de interés público. La figura de la delimitación del contenido de los derechos.
   A) Limitaciones al ejercicio de los derechos.
   B) Delimitaciones al contenido normal de derechos privados.
   C) Indemnización por daños provocados por limitaciones y delimitaciones.
7. Las limitaciones al derecho de propiedad en interés público: restricciones y servidumbres.
8. Las limitaciones y las técnicas autorizatorias. Autorización y permiso.
   A) Diferentes clases de autorizaciones.
   B) Autorizaciones regladas o discrecionales.
   C) Otras especies de autorizaciones.
      a) Autorizaciones por operación y autorizaciones de funcionamiento.
      b) Autorizaciones simples y autorizaciones operativas.
      c) Autorizaciones personales o reales.
9. Concesión y licencia.

10. Las cargas públicas: prestaciones personales y reales.
11. Imposición de deberes en sentido estricto.
12. El principio del *favor libertatis* y la necesidad de respaldo normativo para establecer actos de gravamen sobre los particulares.
13. Las llamadas potestades ablatorias: remisión.
14. La técnica de los actos favorables: el fomento.
15. Los medios de fomento.
16. El fomento de las industrias.
17. Estructura de las relaciones jurídicas de promoción industrial.
    A) La relación jurídico-administrativa.
    B) Estructura de la relación jurídica de fomento.
    C) Fuente de la relación jurídica de fomento industrial.
18. Naturaleza y caracteres de las relaciones de los regímenes de fomento industrial y del acto otorgante de beneficios.
19. La distribución constitucional de competencias relativa a la acción interventora del Estado.
    A) Principios que rigen la distribución de competencias en la Constitución Nacional.
    B) Poderes implícitos y poderes inherentes o *resultantes*.
    C) Los poderes atribuidos a las Provincias.

CAPÍTULO II

LA ACTIVIDAD INTERVENTORA Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS PRIVADOS

1. INTRODUCCIÓN

La metodología tradicional encaraba el capítulo de la dinámica del obrar estatal que aborda las limitaciones a los derechos privados dentro de la categoría denominada "Poder de Policía" [1], cuya noción y sentido actual vamos a tratar seguidamente, luego de una incursión previa sobre una serie de cuestiones que nos introducirán en la problemática central de la teoría de los actos de gravamen (como modernamente ha sido calificada dicha institución jurídica).

No se puede desconocer que la idea de un "Poder de Policía" rememora una figura preconstitucional que mantuvo vigencia en otras épocas históricas (el llamado Estado gendarme) [2] ni tampoco puede dejar de advertirse que, a partir de la instauración del Estado de Derecho, que provocó la limitación y el consiguiente condicionamiento del poder estatal, se operó una profunda evolución del concepto originario, que culminó despojado de aquel carácter preconstitucional y en cierto modo omnímodo.

Aun con el margen de penumbra que provoca el empleo de dicha noción no creemos que —como se ha dicho— fuera de los textos legales (donde se requiere una mayor precisión) ella no pueda seguir utilizándose en la ciencia jurídica para referirse al tema de la limitación de los derechos privados, utilización que se justifica también por

1 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, nro. 1514, pág. 522, Buenos Aires, 1987; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 17, Buenos Aires, 1976.

2 La crítica de la noción ha sido efectuada entre nosotros por GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, cap. XII, pág. 3 y sigs., Buenos Aires, 1975.

el empleo que de la expresión *police power* hace el derecho norteamericano, cuyas analogías con el nuestro son conocidas, específicamente en determinadas instituciones del derecho constitucional [3].

En realidad, el problema jurídico que aquí se suscita puede superarse en la medida que se advierta que, aparte del análisis de las materias en que se manifiesta y justifica la intervención estatal, ésta se circunscribe al estudio de las diferentes técnicas de limitación de los derechos privados por razones de interés público pues, como es sabido, actualmente, no existe una delimitación estricta de aquellas materias que antaño restringían la intervención estatal a reducidos ámbitos (seguridad, salubridad y moralidad). De ese modo, un concepto que operaba como válvula de cierre del poder estatal aparece superado por la propia realidad que refleja la extensión de la potestad del Estado para establecer limitaciones a los derechos privados bajo nuevos títulos de intervención, aunque siempre con la finalidad de satisfacer una finalidad inherente al bien común.

Estas ideas no pretenden ignorar que la base de nuestro sistema constitucional en esta materia se asienta en el reconocimiento y subsistencia previa de los derechos de libertad, propiedad e igualdad que prescribe la Constitución a favor de todos los habitantes (arts. 14, 16 y 17, Const. Nac.) y que las limitaciones a estos derechos no pueden alterar al principio de razonabilidad (art. 28, Const. Nac.) ni la esfera reservada a las acciones privadas de los hombres (art. 19, Const. Nac.).

Es cierto que el exagerado y hasta en ocasiones abusivo intervencionismo sobre la actuación privada ha provocado no poco descrédito en la acción interventora del Estado, sobre todo cuando ella traba o suprime las iniciativas de los particulares y aquél asume y monopoliza actividades que éstos pueden llevar a cabo, transgrediendo notoriamente el principio de subsidiariedad.

Ha de señalarse, empero, que una defectuosa o injustificada intervención, muchas veces contraria al sistema que informa nuestra Constitución, no amengua la necesidad de abordar el examen de las técnicas de limitación (en sentido amplio) de los derechos privados por causa de interés público, sistematizadas por el Derecho Administrativo de este siglo, cuya subsistencia (con los límites y garantías

[3] Conf. LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo*, pág. 424, Buenos Aires, 1986, apunta que "todo hombre de derecho sabe que cuando se habla del 'Poder de Policía' se menciona la parte de las atribuciones del Estado que limitan la libertad individual según ciertas valoraciones pragmáticas y valoraciones jurídicas de justicia como orden, seguridad, paz y poder".

del caso) resulta fundamental, en determinadas ocasiones, para asegurar la plena compatibilidad entre el ejercicio de los derechos personales o individuales y el bien común, tal como lo demuestra la experiencia de lo acontecido en el derecho comparado.

Comenzaremos por abordar lo atinente a las limitaciones, en general, que conciernen al ejercicio de los derechos individuales para completar más adelante su temática con el estudio de otras formas de intervención tales como: las delimitaciones al contenido de los derechos; la expropiación y otras figuras de sacrificio forzoso de derechos patrimoniales; las prestaciones forzosas; la imposición de deberes; las sanciones; y también las técnicas de ampliación o creación *ex novo* de derechos privados por el Derecho Administrativo que no configuran prestaciones de servicios públicos.

El estudio de todas estas situaciones excede el ámbito de la teoría general del acto administrativo, cuya formulación incluye, de un modo genérico, cualquier tipo de actos de esa categoría para penetrar en el plano del contenido especial de estos actos que adquieren existencia jurídica singular y separable en el momento en que se opera la incidencia de la Administración sobre los derechos de los administrados [4].

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE POLICÍA

Como es sabido, el término "policía", proveniente de la voz latina *politia*, reconoce su origen en el concepto griego de la *politeia*. Circunscripto en sus comienzos a la constitución de la Ciudad, se extendió más tarde a toda la actividad estatal, con la que llegó a identificarse [5].

Durante la Edad Media la institución de la policía se hallaba referida al buen orden que debía imponer la autoridad pública temporal sobre la sociedad civil con exclusión del orden moral y religioso, cuya tutela se atribuía a la Iglesia.

Contrariamente a lo que algunos erróneamente suponen la policía no era, entonces, un concepto absoluto e ilimitado. Antes bien, las medidas limitativas de los derechos particulares no debían contra-

4 Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 94, Madrid, 1981.

5 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. V, pág. 14, Buenos Aires, 1954, sentido etimológico que, como anotaba Bielsa, carecía de utilidad para desentrañar el que existía hace unos años (BIELSA, Rafael, *Régimen Jurídico de la Policía*, pág. 10, Buenos Aires, 1957).

riar (al menos en el terreno de los principios) las reglas de la justicia general o legal que sólo justificaban esa intervención por razones inherentes al bien de la comunidad. De otro modo, no podría concebirse el desarrollo alcanzado entonces por algunos cuerpos intermedios de la sociedad civil, la ausencia de controles públicos sobre estas actividades y la escasa burocracia existente en las ciudades.

A partir de la Edad Moderna, con el auge de las ideas del nominalismo y de las filosofías que continuaron esa corriente se produjo una sustancial mutación en los fines de los gobiernos sustituyéndose el bien común por la razón de Estado ejercida por un poder que se concebía soberano, absoluto e ilimitado. De allí en más se operó el consecuente abandono de aquellas limitaciones establecidas al ejercicio del poder público por el derecho natural, comenzándose a imponer a los súbditos conductas sin base objetiva o legal, que tenían por sólo fundamento la voluntad del príncipe o funcionario. Es en este período en que comienzan a extenderse las regulaciones públicas de los diversos Estados sobre los particulares.

En el transcurso de ese proceso se desarrolló, especialmente en Alemania [6], el denominado *jus politiae*, impulsado por la Reforma, que precisó acudir al mecanismo de ese poder absoluto para justificar la extensión de las funciones del Estado y la secularización de importantes actividades de interés público que tenían a su cargo la Iglesia (particularmente la vinculada a la enseñanza y a la salud pública) y las comunidades intermedias.

Al operarse la sustitución de la soberanía absoluta del monarca por la del pueblo esta concepción histórica llegó a su punto culminante con la Revolución Francesa, donde se generalizó la utilización de las técnicas de policía. Durante el ciclo revolucionario, pese a la Declaración de Derechos de 1789, los ciudadanos tenían en realidad muy pocas posibilidades de reclamar por la violación de sus derechos personales afectados por medidas de policía, a menos que se arriesgaran a comparecer ante los tribunales especiales, ya que los jueces ordinarios carecían entonces de toda potestad para juzgar los actos de la Administración.

Con el proceso de codificación las limitaciones a los derechos privados se cristalizaron por algún tiempo. No poca influencia en ello tuvieron las concepciones que restringieron las funciones del Estado,

6 FLEINER, Fritz, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, pág. 26, Paris, 1933.

en una verdadera vuelta de timón sobre las ideas dominantes durante el absolutismo y la propia Revolución.

En ese cuadro, aparece el Estado de Derecho como representación de un modelo ideal de régimen característico de los derechos individuales que instituye un principio fundamental, a partir del cual se edifica el andamiaje jurídico de la protección de los particulares. Este principio consiste en la instauración de la regla de la competencia objetiva derivada de ley expresa, como condición que habilita y legitima el ejercicio del poder del Estado para establecer limitaciones a los derechos privados.

Como resultado de esa evolución (que en Europa corrió paralela con la *publicatio* de numerosas actividades en el campo de la enseñanza y la salud) la policía, que inicialmente se limitaba a la seguridad, terminó por abarcar las limitaciones de derechos por razones de moralidad y salubridad.

Con todo, ese concepto clásico y limitado del poder de policía (*narrow*) tuvo una ampliación de su contenido, por obra de la doctrina y jurisprudencia norteamericanas, al incorporar también la promoción del bienestar general (*broad and plenary*) cuya imprecisión sigue en pie, no obstante la labor, muchas veces clarificadora, que han efectuado los jueces. Esta concepción amplia sobre el "poder de policía", ha sido adoptada, en reiterados pronunciamientos, por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación [7].

Lo cierto es que esta noción ampliatoria del contenido de la policía termina confundiéndose con el propio poder de legislación incluyendo la regulación de actividades que no son propiamente de limitación ni de gravamen sino de creación o ampliación de situaciones activas favorables, también encuadradas tradicionalmente bajo la categoría del fomento.

Al ceder los postulados políticos que apuntalaban la noción, la policía ya no aparece referida a la causa de los actos de limitación de los derechos individuales (lo que constituía una noción tan incierta e imprecisa como carente de utilidad práctica) sino que se relaciona con las diferentes técnicas de las llamadas operaciones de gravamen que vienen a crear y ampliar las situaciones pasivas de los particulares frente al Estado.

Desde este punto de vista, la incidencia de la actuación estatal revela una cierta complejidad en los actos de gravamen [8] los que no

7 Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, nro. 1522, pág. 529 y sigs.
8 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 97.

se circunscriben exclusivamente a las actividades de limitación pues, por razones de interés público o bien común, se suele habilitar por ley a la Administración para el ejercicio de potestades ablatorias (expropiaciones y prestaciones forzosas) o bien, se delimita el contenido normal de los derechos (v.gr. mediante la concesión) que es cosa distinta a la mera limitación que hace al ejercicio de los derechos y, por último, hasta se imponen deberes y se ejerce el poder sancionatorio.

En consecuencia, si se sigue utilizando la noción (aun sin la utilidad que le atribuía la doctrina clásica) su empleo responde al sentido antes indicado y, sobre todo, a la inteligencia de que resulta un concepto profundamente arraigado en nuestra jurisprudencia que, despojado de su sentido arcaico, puede reportar alguna utilidad o simplemente comodidad al emplearse un valor suficientemente entendido por todos.

3. LA ACCIÓN INTERVENTORA DEL ESTADO: ACTOS DE GRAVAMEN Y ACTOS FAVORABLES

La incidencia de la actuación estatal en la posición jurídica de los particulares o administrados puede ser positiva o negativa. En el primer supuesto, la actividad de la Administración o del Congreso puede consistir tanto en la creación *ex novo* de derechos, facultades o poderes que hasta entonces el administrado no tenía (v.gr. los beneficios de la legislación de promoción industrial o de promoción minera) como en la supresión de las limitaciones que afectaban su ejercicio o su alcance. Este tipo de actos que la doctrina clásica englobaba bajo la figura genérica del fomento, configuran siempre una ampliación de la esfera jurídica de los destinatarios privados y se contrapone a la categoría de los actos desfavorables o de gravamen, que traducen un poder estatal de limitación, imposición o extinción de los derechos individuales por causa de interés público.

Huelga decir que con la salvedad de la revocación por razones de mérito u oportunidad (que procede previa indemnización) los derechos emergentes de este tipo de actos se incorporan definitivamente al patrimonio de los administrados, hallándose protegidos por la garantía del art. 17 de la Const. Nac. y por el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos prescripto por el art. 17 de la LNPA.

Carecería de sentido que formuláramos aquí una clasificación detallada de las diferentes figuras que pertenecen a esta categoría de los actos favorables. Nos basta con señalar que ella comprende tanto las concesiones, aprobaciones, autorizaciones, como las que, en

rigor, entrañan también limitaciones, declaraciones de exenciones, subvenciones y subsidios. De ello nos ocupamos más adelante.

La contrapartida de la categoría que subsume a los actos ampliatorios de la esfera jurídica de los particulares es, obviamente, la de los actos de gravamen o desfavorables que inciden negativamente en la posición de las personas y que van desde la limitación de los derechos y la delimitación de sus contenidos hasta las llamadas potestades ablatorias (v.gr. expropiación) pasando por las prestaciones forzosas, la imposición de deberes y las sanciones. Ese conjunto de figuras conforman la parte de la dinámica del obrar estatal que las concepciones antiguas explicaban bajo la categoría genérica de policía y poder de policía. Aun aplicando esta clasificación y disección modernas, con antecedentes en la doctrina italiana y española (Romano, Giannini y García de Enterría y Fernández) no creemos conveniente abandonar totalmente las categorías tradicionales por razones derivadas de la interpretación constitucional (formulada, obviamente, tanto por los jueces como por la doctrina) sin perjuicio de incorporar a su problemática las nuevas técnicas, mecanismos y principios que rigen la acción interventora. Además, nos parece que no reporta utilidad abandonar un término que significa en nuestro derecho un valor convencional que, despojado de su sentido preconstitucional y limitativo, puede todavía ser utilizado como expresión que sintetiza el fenómeno de los actos de creación y ampliación de situaciones jurídicas pasivas, aun cuando reiteramos, ello no sea óbice para realizar aquella disección de los mecanismos en que se manifiesta negativamente la acción interventora del Estado con una metodología remozada.

4. La distinción entre el llamado "poder de policía" y la policía administrativa

La circunstancia de no acudir al enfoque tradicional, al menos en lo que atañe a las facetas teleológicas y de metodología que justificaron las antiguas clasificaciones —cuya vigencia quedó rezagada respecto de la realidad— (cuando no superada por ésta), no impide, aun con el relativo valor que posee, realizar el análisis sumario de la clasificación entre "Poder de Policía" y policía administrativa.

Mientras la llamada policía administrativa se traduce, fundamentalmente, en el dictado de actos concretos, el poder normativo de la Administración requiere siempre de una ley (arts. 14, Const. Nac. y 99, inc. 2°, Const. Nac.) careciendo ésta de la potestad de dictar nor-

mas generales sin una cobertura legal expresa, determinada y circunscripta en razón de la materia [9]. Al lado de aquélla, existe otra actividad de limitación, extinción, etc., de derechos privados que se manifiesta a través del poder de legislación mediante leyes y reglamentos que limitan el ejercicio y el contenido de los derechos individuales para hacerlos compatibles con los derechos de otros o con los fines de interés público que persigue la comunidad. En este último supuesto se habla de "Poder de Policía", aun cuando, por lo común, esta denominación se reserva, entre nosotros, a cierto tipo de actividad reglamentaria de los derechos individuales que realiza el Congreso.

En ambos casos, ya se trate de la función materialmente legislativa a cargo del Congreso o de una remisión normativa al órgano Ejecutivo, la coacción no integra necesariamente la sustancia del concepto [10] siendo tan sólo un accidente que se pone en ejercicio cuando fracasan las medidas preventivas o intimaciones que formule la Administración en orden al cumplimiento de las obligaciones, deberes y cargas que las normas imponen a los particulares.

5. SOBRE LOS LÍMITES DE LA ACTIVIDAD ESTATAL LIMITATIVA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES. LO ATINENTE AL FIN

Ya se trata del ejercicio del poder normativo o de la actuación singular y concreta, la actividad del Estado que impone limitaciones (en sentido *lato*) a los derechos individuales precisa encuadrarse en una serie de principios y reglas de derecho que condicionan su obrar.

Si bien se parte, en esta materia, de una idea relativa sobre los derechos individuales (en el sentido de que no existen derechos absolutos) cuyo goce y ejercicio se realiza conforme a las leyes reglamentarias (art. 14, Const. Nac.) [11] tanto la Administración como el Con-

9 Los reglamentos carecen de aptitud para crear *ex novo* limitaciones de derechos privados (Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 103).

10 En una postura contraria: GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 115 y sigs., Madrid, 1987; FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, t. II, págs. 24-25.

11 La jurisprudencia de la Corte Suprema ha sostenido este principio reiteradamente en todos sus pronunciamientos. Así en el caso: "Ercolano v. Lantieri de Renshaw" la Corte sentó su doctrina en los siguientes términos: "...Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar su derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás

greso no disponen de un poder ilimitado y deben ajustar sus actos al llamado principio de razonabilidad (art. 28, Const. Nac.). También está vedado penetrar en el ámbito reservado a las acciones privadas de los hombres que no sean violatorias de la moral pública (art. 19, Const. Nac.), principio este que, en definitiva, hace a la dignidad de la persona [12].

En lo esencial, existen tres tipos o especies de conductas que despojan de razón suficiente a la pertinente actuación estatal, a saber: a) irrazonabilidad en los fines perseguidos que se apartan de lo preceptuado en las normas de habilitación (de carácter constitucional, legal o reglamentario) o de los principios generales del derecho; b) desproporción entre el objeto de la medida de policía y los fines perseguidos (argumento incorporado al derecho positivo por el art. 7°, inc. f *in fine* de la LNPA); c) exceso de limitación o de punición (en el caso de aplicación de sanciones de naturaleza penal-administrativa) cuando las normas y/o medidas administrativas no guarden una adecuada proporción con los fines que persigue el ordenamiento [13]; y d) violación de la igualdad al introducirse en las normas o en los actos respectivos un factor de discriminación que atribuye a algunos situaciones de ventajas o de gravamen que no se conceden a otras personas que se encuentran en similares condiciones objetivas.

Tal resulta, de ordinario, el principal límite que se contrapone al ejercicio del llamado "Poder de Policía" [14]. Sin embargo, no hay que olvidar la existencia de otros límites que enmarcan la legitimidad del obrar del Estado de modo esencial como es, por ejemplo, el principio de la competencia objetiva que impide la creación de limitaciones sin fundamento normativo, aun cuando éste pueda derivarse del fin de la norma conforme a la regla de la especialidad. El carácter preceptivo y vinculante de la competencia y el hecho de que ella juega como un verdadero límite a la aptitud del órgano o ente administrativo son cosas que hoy día ya nadie discute y quizás en esto radique

---

dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última" (*Fallos*, 136:161 y sigs.).

12 Véase: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La Dignidad de la Persona*, pág. 84 y sigs., especialmente págs. 88-94, Madrid, 1986.

13 Principio recogido en el art. 7°, inc. f) de la LNPA.

14 La jurisprudencia ha sustentado que la razonabilidad derivada de la preceptiva constitucional constituye el límite principal para el ejercicio del llamado "Poder de Policía" (doctrina de *Fallos*, 199:483 *in re* "Pedro Inchauspe Hnos. c/ Junta Nacional de Carnes") reiterada en el caso "Cavic" (*Fallos*, 277:158) entre otros. Recientemente, también la Corte fundó la validez y constitucionalidad de una norma en su razonabilidad (en la causa "Ferace" del 23-VI-1988 - F 490 XXI).

la principal innovación que introdujo el Derecho Administrativo respecto del Derecho Privado [15].

Tampoco hay que ignorar la influencia que en este ámbito pueden ejercer los principios generales del derecho al ser utilizados como técnica para controlar la injusticia de las normas o de los actos administrativos que restringen los derechos individuales [16].

Pero el límite realmente fundamental al ejercicio de la potestad del Estado que reglamenta o restringe los derechos de las personas es el relativo a la finalidad que orienta la actuación estatal, que no es otro que la prosecución del bien común temporal o interés público que instrumenta el ordenamiento objetivo.

Su justificación racional reposa en el principio de la subsidiariedad o suplencia. Según este principio, toda persona física o jurídica ha de tener libertad y aptitud para desarrollarse dentro de la órbita de sus fines, correspondiendo al Estado intervenir sólo en caso de que las respectivas tareas se desempeñen en forma defectuosa o resulten insuficientes para la comunidad [17].

Cuando la injerencia estatal está justificada el correspondiente sacrificio impuesto al Derecho Privado por la prevalencia del bien común temporal sobre el bien privado se sustenta en las exigencias de la justicia general o legal, que determina los deberes y obligaciones de los individuos —como partes del todo social— respecto de la comunidad a la que pertenecen. Su fundamento es la solidaridad social [18].

A su vez, como lo justo de una limitación (en sentido amplio) se determina conforme a una ordenación racional y reglada que estatuye la conducta debida por el administrado, se torna imprescindible que tal limitación provenga siempre del ordenamiento positivo, no siendo discrecional, en principio, la elección de la conducta limitativa ni, obviamente, de su alcance y contenido. Por su parte, si fueran varios los medios limitativos que la ley admitiera, la Administración se encuentra obligada a escoger aquellos que impliquen una menor restricción de la libertad y de la propiedad individual, solución que surge de un modo inequívoco del sistema constitucional (arts. 14, 17 y 19 de la Const. Nac.) y que conduce también a sostener que las dudas

15 Sobre la competencia nos remitimos a lo expuesto en el t. II, pág. 132 y sigs. de nuestro *Derecho Administrativo*.

16 Conf. CASSAGNE, Juan C., *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, pág. 43 y sigs., Buenos Aires, 1988.

17 MONTEJANO, Bernardino (h), *Curso de Derecho Natural*, págs. 300-301.

18 Véase: DROMI, José R., *Manual de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 62, con relación a las limitaciones a la propiedad privada en interés público, Buenos Aires, 1987.

que pudieran existir acerca de la procedencia, alcance o extensión de la medida limitativa han de resolverse a favor del principio de la libertad o de la propiedad, en su caso [19].

6. LA TÉCNICA ESPECÍFICA DE LIMITACIÓN DE DERECHOS PRIVADOS POR RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO. LA FIGURA DE LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS

A) Limitaciones al ejercicio de los derechos

En el Derecho Administrativo clásico, la técnica de limitación de derechos privados por causa de interés público operaba como una categoría genérica, integrante tanto del capítulo de la policía como del llamado régimen administrativo de la propiedad privada [20]. En este último, se reconocían, a su vez, tres clases de limitaciones que apuntaban al modo y grado en que se afectaban los tradicionales principios del dominio privado y según afectara su carácter absoluto (restricción), exclusivo (servidumbre) o perpetuo (expropiación), se perfilaban sus características principales.

Sin embargo, los mecanismos y formas de la intervención administrativa entrañan una mayor complejidad, producto de la evolución de las principales instituciones, advirtiéndose la existencia de una variada gama de figuras de gravamen que implican el desenvolvimiento de potestades que se manifiestan en la determinación de límites sobre el ejercicio de los derechos junto a la delimitación de su contenido normal, imposición de deberes, aplicación de sanciones y potestades ablatorias.

En tal sentido, la orientación doctrinaria actual reserva, el tipo de la limitación administrativa para referirse a las actuaciones cuya incidencia no afecta sustancialmente al derecho subjetivo del particular ni su capacidad jurídica sino que actúa, con exclusividad, sobre las condiciones inherentes al ejercicio del derecho, sin alterar su contenido normal [21].

En la doctrina han reconocido diversas especies de limitaciones [22]. Entendemos que, fundamentalmente, en nuestro derecho,

19 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 105.

20 Ver: GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. II, pág. 115 y sigs.

21 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 99.

22 Sobre la base del criterio ya propuesto por Romano, se ha efectuado una sistematización dogmática de la figura de la limitación por parte de Vignochi, la cual comprendería tres especies: *a)* prohibición absoluta e incondicionada de un modo de ejercicio concre-

existen tres clases de limitaciones que, sin afectar el contenido normal del derecho, vienen a comprimir su ejercicio. La primera, se produce cuando existiendo una permisión libre de derecho (sea o no reglada) se condiciona su ejercicio mediante una autorización administrativa. Aquí la autorización opera sobre la libertad de ejercer la respectiva facultad o poder jurídico levantando una condición puesta para el ejercicio o puesta en práctica del derecho que preexiste al acto de autorización (v.gr. la licencia o autorización para construir o para la habilitación de un comercio o industria, licencia para conducir, etc.). Otro tipo de limitaciones se configura en aquellas circunstancias en que, hallándose la respectiva actividad bajo una prohibición relativa, la norma legal o reglamentaria admite la posibilidad de que, excepcionalmente, para usos concretos o períodos determinados, la Administración pueda levantar la referida prohibición (v.gr. permiso de caza de ciertas especies). En este caso, a diferencia del anterior no hay derecho subjetivo que preexiste al acto de excepción por cuya causa la protección jurisdiccional del respectivo interés legítimo es menor, circunscribiéndose, básicamente, a una garantía contra la violación del principio de igualdad. Para estos supuestos preferimos seguir utilizando el concepto jurídico de permiso [23], habida cuenta las diferencias sustanciales y procesales que cabe reconocer respecto de la autorización. Por último, como bien lo han puesto de relieve García de Enterría y Fernández, están aquellos supuestos vinculados a la necesidad de informar a la Administración ciertos hechos o circunstancias o el ejercicio mismo del derecho, a efectos de facilitar el contralor por parte de los órganos administrativos. Con independencia de que muchos de los deberes pertenecen más que a las limitaciones en sentido estricto a la técnica de imposición de deberes personales, no se puede desconocer que muchos de ellos condicionen directamente el ejercicio de un derecho, de modo la imposición del deber personal se efectúa *ob rem* al titular del derecho y no a todos los

---

to; *b)* prohibición relativa con reserva de autorización y *c)* permisión de ejercicio libre, con reserva de prohibición por parte de la Administración. Respecto de la prohibición absoluta pensamos que, en todos los supuestos, ella opera sobre el contenido del derecho por cuya causa configura siempre una delimitación, aun cuando esa prohibición sea temporal, pues es evidente que durante el lapso que ella rija, más que una compensación del ejercicio lo que se afecta es el contenido o sustancia del derecho subjetivo del particular (ver y comparar: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, págs. 99-100).

23 CASSAGNE, Juan C., "La autorización para construir (su naturaleza y efectos)", en LL, t. 1982-D, pág. 936.

ciudadanos, por lo que también hay que incluir esta categoría entre las especies de limitaciones [24] (v.gr. obligación de informar los precios).

Como se verá más adelante, las formas jurídicas que revisten las limitaciones son variadas abarcando desde leyes, reglamentos, ordenanzas, edictos hasta actos administrativos [25] al igual que las delimitaciones de las que nos ocupamos a continuación.

B) Delimitaciones al contenido normal de derechos privados

Mientras, como se ha señalado, la figura de la limitación opera sobre el ejercicio de los derechos, la delimitación actúa directamente sobre el contenido normal del derecho, definiendo el ámbito de lo lícito y recortando los poderes jurídicos del titular cuyo derecho no se reputa ya preexistente [26].

En nuestro ordenamiento existen numerosos ejemplos de estas delimitaciones de derechos privados que van desde la prohibición de edificar más allá de cierta altura, la de vender más allá de un cupo determinado (v.gr. régimen de la industria azucarera), la interdicción de construir para usos no permitidos por los Códigos de Edificación o Planeamiento Urbano, hasta la atribución de derechos mediante la técnica de la concesión o la calificación de ciertos bienes como del dominio del Estado, no obstante que su utilidad última sea privada (v.gr. Yacimientos de hidrocarburos). Su estudio pertenece a la parte especial del Derecho Administrativo.

C) Indemnización por daños provocados por limitaciones y delimitaciones

En principio, por el carácter relativo que poseen los derechos conforme al sistema constitucional (art. 14, Const. Nac.) y a condición de que no se desnaturalice ni se afecte la esencia del derecho o se limite de tal modo su ejercicio que éste sea incompatible con la naturaleza del interés o derecho del particular, las limitaciones no son in-

24 Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 101.

25 Ver: DROMI, José R., *op. cit.*, t. II, pág. 54 y sigs., Buenos Aires, 1987.

26 No compartimos la crítica que formulan GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ a la concepción que considera a la autorización como el acto que levanta un obstáculo puesto al ejercicio de un derecho preexistente (*op. cit.*, t. II, pág. 121) expuesta en su momento por Ranelletti, cuya aplicación los propios autores hacen en otras partes de su obra (*op. cit.*, t. II, pág. 132) frente a la necesidad de distinguir la figura de la limitación de la llamada delimitación del contenido de los derechos privados.

demnizables. Hacen excepción a esta regla los daños provocados por la ejecución del acto administrativo que la impone [27] o cuando el ataque que se infiera al derecho de propiedad [28] sea sustancial.

Igual solución corresponde aplicar para las delimitaciones que definen el contenido normal de los derechos privados, sin perjuicio de la responsabilidad estatal que pudiera corresponder por cambio del derecho objetivo, de darse las circunstancias y los requisitos que la tornan procedente [29].

7. LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD EN INTERÉS PÚBLICO: RESTRICCIONES Y SERVIDUMBRES

El régimen de las limitaciones administrativas se proyecta, también, sobre la propiedad privada donde, en nuestro ordenamiento, se utilizan las técnicas de la mera restricción y de la servidumbre.

Mientras la figura de la restricción administrativa se ajusta al concepto de limitación que venimos utilizando en la medida que fije los límites al ejercicio normal del derecho de propiedad [30] la servidumbre se acerca más a la de las delimitaciones al implicar un desmembramiento —aun cuando parcial— del dominio a favor de terceros (v.gr. la establecida en el art. 2539, Cód. Civ., denominada camino de sirga). Sin embargo, la diferencia con la delimitación está dada porque esta última define o recorta el contenido del derecho sin que se generen derechos a favor de otros particulares o administrados, salvo la legitimación que éstos puedan tener, en los respectivos ordenamientos, para reclamar en justicia su cumplimiento. Por ello, la servidumbre, al contrario de la limitación (y también de la delimitación) afecta la nota de exclusividad del dominio mientras que aquéllas hacen al grado de relatividad de los derechos particulares que se comprimen o restringen en su ejercicio o se definen en su contenido normal, predeterminando el ámbito de lo lícito o legítimo.

27 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *op. cit.*, t. IV, pág. 69; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, nro. 1520, pág. 49.

28 En el caso "Los Pinos" (considerando 5°), la Corte distinguió entre meras restricciones (v.gr. colocación de chapas en el frente de los edificios o de columnas de alumbrado público) y las restricciones sustanciales (ej. cambio del nivel de las calles) que implican un ataque mayor al derecho de propiedad. Mientras las primeras no son indemnizables las segundas pueden generar daños que configuran la responsabilidad del Estado por su actividad legítima (véase: ABERASTURY, Pedro, *Legislación Administrativa Usual con Jurisprudencia*, pág. 579, Buenos Aires, 1984).

29 CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 309 y sigs., Buenos Aires, 1986.

30 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, pág. 34 y sigs.

Las restricciones administrativas, al incidir solamente en el ejercicio normal del derecho de propiedad con el objeto de hacerlo compatible con el interés público, obligan al propietario a cumplirlas sin que éste pueda reclamar indemnización alguna pues se considera, en cierta manera, que ellas son inseparables del dominio privado. En cambio, las servidumbres administrativas aparejan, por principio, la obligación de indemnizar a quien resulte afectado por su imposición habida cuenta que provocan una situación de sacrificio patrimonial (por lesionar la nota típica de la exclusividad) que, al disminuir el valor del respectivo bien, generan el consiguiente deber de reparar, con fundamento en la garantía prescripta en el art. 17 de la Const. Nac. [31].

8. LAS LIMITACIONES Y LAS TÉCNICAS AUTORIZATORIAS. AUTORIZACIÓN Y PERMISO

Si bien la autorización administrativa (tomada esta figura en su acepción genérica) constituye en alguna medida un acto de ampliación de la esfera jurídica del particular que la obtiene, ella cobra su verdadero sentido si se la considera como una verdadera limitación a la esfera de los derechos de libertad y propiedad.

A su vez, para comprender bien el cuadro de las técnicas autorizatorias hay que penetrar —sin consideraciones dogmáticas— en el análisis de las diferentes tipologías jurídicas.

En este aspecto, tanto la autorización como el permiso o la licencia, significan la facultad que se atribuye a alguien para hacer alguna cosa. Pero esta significación vulgar o común de los citados conceptos no tiene en cuenta la situación jurídica del administrado antes del otorgamiento del acto administrativo, ni tampoco la naturaleza reglada o discrecional de la potestad de la Administración. Menos todavía esa significación permite distinguir los casos en que la Administración pública agota su potestad con el otorgamiento de la autorización de aquellos otros en que el poder de intervención subsiste durante el período posterior a la emisión del acto administrativo.

Para captar la problemática que en la actualidad plantean las figuras de la autorización y del permiso, resulta necesario discernir una diferenciación jurídica entre ambos conceptos, los cuales traducen contenidos análogos, presentando como tales cierta semejanza que no impide formular distinciones, aunque éstas no sean necesariamente correlativas.

31 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, pág. 109.

La idea común sobre la cual reposan ambos conceptos es la de un acto administrativo que levanta una condición puesta al ejercicio de una actividad privada. La distinción viene dada, en cambio, por la circunstancia de que mientras en la autorización la respectiva actividad no está prohibida, habiendo muchas veces un sujeto que posee un derecho preexistente, cuyo ejercicio se halla subordinado al cumplimiento de las condiciones establecidas en las leyes o reglamentos, en el permiso se trata siempre del otorgamiento de un derecho nuevo al particular, que configura una excepción a una prohibición impuesta por una norma de policía en forma preventiva.

En este último caso, la Administración pública tiene el deber de comprobar que el ejercicio de la actividad prohibida no afecta el interés público o bien común.

El hecho de que la técnica autorizatoria haya rebasado los límites originales dentro de los cuales se redujo el poder de policía (tranquilidad, salubridad y moralidad), trasplantándose a la llamada "policía de prosperidad o económica", no implica que ese concepto técnico de la autorización circunscrito a los supuestos en que existe un derecho preexistente, deje de tener sentido para explicar tanto el derecho del administrado a pedir la autorización, como el agotamiento de la potestad revocatoria, en los casos en que dicha autorización hubiera sido otorgada.

A) Diferentes clases de autorizaciones

Precisando el concepto técnico de autorización, sobre la base del reconocimiento del derecho, muchas veces preexistente, a realizar una actividad que no se halla genéricamente prohibida, y del acto por el cual se levanta la condición puesta al ejercicio de ese derecho del administrado, por una norma de naturaleza policial, corresponde analizar las distintas clasificaciones existentes, para luego desentrañar la verdadera naturaleza que ella tiene y sus efectos jurídicos.

Cabe advertir, sin embargo, que la óptica de cualquier esquema clasificatorio, y en especial el que vamos a utilizar, encierra siempre un valor relativo, en la medida en que contempla los distintos tipos de autorizaciones partiendo de algún criterio parcial y determinado, referido, según los casos, a la naturaleza de las facultades que tiene asignadas la Administración, al objeto de la actividad que se autoriza, a su contenido real o personal y a los fines que el Estado persiga al otorgar la autorización.

La propia relatividad que caracteriza a las clasificaciones formuladas sobre la base de dichos criterios, explica la razón por la cual no resultan incompatibles entre sí, admitiendo la posibilidad de que cada uno de ellos pueda ser aplicado simultáneamente sobre las demás clasificaciones [32].

B) Autorizaciones regladas o discrecionales

Frente a un pedido del administrado tendiente a obtener el levantamiento de una condición puesta al ejercicio de un derecho, la Administración puede hallarse obligada a otorgar la pertinente autorización —si se cumplen los requisitos condicionantes—, o bien puede disponer de poderes discrecionales en punto tanto a la oportunidad de emitir el respectivo acto como a su contenido y extensión. En el primer supuesto, se trata de una actividad reglada, donde el comportamiento esencial de la Administración está predeterminado, aun cuando pueda haber detalles accesorios donde puede existir un cierto margen de discrecionalidad. La autorización tendrá carácter reglado cuando se condicione el ejercicio de un derecho preexistente, por la sencilla razón de que de admitirse la hipótesis de una potestad discrecional, ello equivaldría a la frustración de tal derecho.

En esos casos, si aparecen razones de interés público o bien común que aconsejan el no otorgamiento de la autorización, el medio jurídico idóneo es la expropiación, habida cuenta que se trataría de un sacrificio que sufre el administrado en beneficio de la comunidad que, a fin de mantener o restablecer la igualdad, debe ser objeto de una justa restitución.

Hoy día se reconoce que, más que un margen excluyente de arbitrio, la discrecionalidad configura un supuesto de remisión legal, en cuanto la norma remite a una valoración administrativa que atribuye a la Administración la opción de elegir entre distintas soluciones igualmente justas [33].

En el otorgamiento de la autorización el poder discrecional ha de ejercerse sin violar los límites sustanciales y formales establecidos por el ordenamiento jurídico, siendo uno de los principales la adecuación o compatibilidad con el interés público o bien común.

32 Conf.: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 123 y sigs., Madrid, 1981, a quienes seguimos en este punto.

33 DROMI, José R., *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública*, pág. 83, Bogotá, 1980.

La discrecionalidad no se debe confundir con el concepto jurídico indeterminado, y esto es trascendente en materia de autorizaciones. Esta teoría, cuyo mérito pertenece a la doctrina alemana —que constituye uno de los últimos intentos tendientes a reducir la discrecionalidad—, sostiene que en aquellos casos en que las normas no admiten una determinación o cuantificación cierta o rigurosa, por no hallarse fijados exactamente los límites conceptuales, no hay más de dos posibilidades: o se da el concepto predeterminado prescrito en la norma o no se lo configura, lo cual implica sostener que frente a un concepto de esa índole sólo se da una solución justa. Esta teoría, juntamente con el reconocimiento de la posibilidad de controlar judicialmente la llamada discrecionalidad técnica, puede contribuir decisivamente en nuestro país a una ampliación de la fiscalización que realizan los jueces sobre la actividad discrecional de la Administración pública en materia de autorizaciones, no sólo para alcanzar el logro académico de sacar a nuestras instituciones administrativas de una situación de atraso insostenible, sino fundamentalmente para realizar lo justo objetivo, que es el mejor de los caminos para alcanzar el bien de la comunidad.

C) Otras especies de autorizaciones

a) *Autorizaciones por operación y autorizaciones de funcionamiento*

Esta clasificación viene dada por el diferente objeto que persigue la autorización según se trate de levantar una condición puesta para el ejercicio de un derecho que se vincula a una operación determinada (v.gr., importación o exportación de mercadería), o bien de un derecho relativo al desarrollo de una actividad sucesiva cuya vigencia se prolonga mientras dure la actividad que ha sido objeto de la autorización (v.gr., instalación de un establecimiento industrial).

La distinción no es puramente conceptual ni didáctica, sino que se proyecta a las relaciones existentes entre el particular y la Administración. En las autorizaciones por operación, la potestad de esta última se agota con el dictado del acto, no dando origen a ningún vínculo posterior con el administrado, salvo que ello haya sido expresamente prescrito (v.gr., importación de un bien sometido a control de destino). En cambio, en las autorizaciones de funcionamiento hay una vinculación permanente con la Administración, con el fin de tutelar el interés público, admitiéndose —tanto en la doctrina como en

la jurisprudencia española— la posibilidad de modificar el contenido de la autorización para adaptarlo, en forma constante, a dicha finalidad, durante todo el tiempo en que se realice la actividad autorizada. En tales supuestos, llega hasta admitirse la potestad revocatoria —con la debida indemnización— siempre que se hayan agotado todas las posibilidades de corrección y adaptación de la actividad autorizada a las nuevas circunstancias y a las nuevas normas.

b) *Autorizaciones simples y autorizaciones operativas*

Desde la óptica de las funciones que el ordenamiento asigna a la Administración Pública, se distinguen las autorizaciones otorgadas en ejercicio de una norma de naturaleza policial, de aquellas otras donde —sin resignar la potestad de control— la Administración Pública procura orientar o encauzar la actividad privada hacia la realización de planes, programas o proyectos regionales o sectoriales, previamente definidos (por ejemplo: traslado de industrias —art. 3°, dec. 11/74; apertura de bancos— art. 8°, ley 21.526).

Este tipo de autorizaciones operativas, acompañado de una alarmante arbitrariedad, es precisamente el que plantea mayores problemas al Derecho Administrativo actual, en virtud de que su generalización provoca un aumento proporcional en la magnitud de la actividad discrecional del Estado y al hecho de que el ordenamiento no ha establecido el principio de la igualdad de acceso a ellas por parte de los administrados, sino sólo para ciertas materias (v.gr., concursos para adjudicar la realización de proyectos industriales con beneficios fiscales).

c) *Autorizaciones personales o reales*

Esta clasificación tiene en cuenta el interés personal o real, que constituye el núcleo central de la autorización. Si ésta ha sido otorgada en atención a las condiciones personales que debe reunir el beneficiario, es dable concluir que ella esté permanentemente subordinada al cumplimiento de las cualidades personales del titular de la autorización. Por tanto, también es lógico pensar que ellas tengan plazo de duración determinado, no sólo para facilitar el control sino porque previsiblemente existe un tiempo a partir del cual no puede asegurarse el mantenimiento de las condiciones personales que la autorización demanda (v.gr., autorización para conducir). En virtud de su propia naturaleza esta clase de autorizaciones son intransmisibles.

La situación descrita cambia radicalmente, en punto a su régimen jurídico, en aquellos casos en que la autorización se ha concedido, fundamentalmente, en atención a la cosa u objeto que constituye el contenido de aquélla. En estos supuestos, no existe ninguna limitación ni prohibición que pueda restringir la libre transmisibilidad de la autorización, sin perjuicio de la posibilidad de que el ordenamiento imponga al administrado la carga o el deber de informar cuando ocurra la transferencia en su titularidad.

9. CONCESIÓN Y LICENCIA

En un sentido opuesto a la técnica autorizatoria se encuentra la técnica concesional que puede originar, a su vez, relaciones contractuales o meramente bilaterales. El paradigma de lo típicamente contractual es el contrato de concesión de servicios públicos o la concesión de obra pública y si bien durante algún tiempo se sostuvo por influencia de la doctrina francesa la tesis del acto mixto (donde la relación jurídica se consideraba mitad reglamentaria y mitad contractual) nuestra doctrina se ha inclinado por la concepción del contrato administrativo [34] cuyo análisis efectuamos más adelante. Toda concesión es constitutiva de derechos e implica que la Administración transfiere a un particular una atribución o poder que le pertenece *jure proprio* [35].

Aun dentro de la técnica concesional, la figura de la licencia no trasunta *per se* una vinculación contractual, ni la idea de monopolio o exclusividad total o parcial de un servicio, ni tampoco las clásicas cláusulas de reversión o de rescate que son propias de la concesión. Reporta, además, la ventaja de generar relaciones bilaterales de inmediato, haya o no reciprocidad, sin necesidad de formalizar un contrato de concesión. A diferencia de la autorización no puede suponerse aquí la configuración de derechos preexistentes ya que el derecho del licenciatario constituye un derecho *ex novo* que nace con el acto administrativo de otorgamiento, lo que hace que la licencia sea siempre, al igual que la concesión, constitutiva de derechos y no declarativa, como es, en cambio, la autorización.

34 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. III-B, pág. 596 y sigs., Buenos Aires, 1983.

35 Véase: SANTAMARÍA PASTOR, Juan A. - PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, pág. 290 y sigs., Madrid, 1989; GARCÍA TREVIJANO FOS, José A., *Los Actos Administrativos*, pág. 233, Madrid, 1986, "La licencia guarda mayor analogía con la llamada autorización de funcionamiento o lo que...".

La figura de la licencia, que posee una mayor estabilidad que los llamados permisos que se han analizado precedentemente, ha sido específicamente incorporada a nuestro derecho positivo en el ordenamiento que rige en materia de telecomunicaciones [36] y radiodifusión [37].

10. LAS CARGAS PÚBLICAS: PRESTACIONES PERSONALES Y REALES

Entre las medidas de gravamen se encuentran las prestaciones forzosas [38] que pueden imponer las leyes, con carácter general, en interés de la Nación o para satisfacer indispensables necesidades públicas comúnmente denominadas cargas públicas. Se clasifican en personales y reales, según que la prestación se refiera a un servicio de carácter personal o, bien, a la entrega de una cosa.

Las cargas públicas personales requieren, en la mayor parte de las veces, de un acto administrativo de determinación del sujeto particular obligado a cumplirla (v.gr. servicio militar obligatorio, presidente de Mesa Electoral, etc.).

Las prestaciones obligatorias de carácter real pueden ser tributarias o extratributarias. Rara vez se imponen *in natura* siendo, por lo general, convertibles en dinero. En este último caso su estudio pertenece al derecho tributario porque aun cuando éste integra una parte especial del Derecho Administrativo (en el que abreva sus principales concepciones y técnicas), ha alcanzado hoy día una innegable autonomía didáctica, cuya especialización justifica su enseñanza separada. Los supuestos de prestaciones forzosas reales extratributarias no son comunes en nuestro derecho (un caso aislado es el depósito de libros en el Registro de la Propiedad Intelectual) ya que tampoco corresponde incluir entre ellos en las figuras asimilables (v.gr. ocupación temporaria y requisición) a la expropiación (potestades ablatorias) que corresponde tratar al abordar esta última categoría jurídica.

La doctrina ha subrayado la necesidad de que la imposición de cargas públicas cumpla una serie de requisitos a saber: *a)* el principio de legalidad formal (argumento emergente de los arts. 17 y 19, Const. Nac.); *b)* el principio de la igualdad que supone la generalidad de la prestación forzosa [39] con fundamento en lo prescripto en el art.

36 Ley 19.778, art. 9°, inc. 1°; dec. 739/89 y dec. 59/90.
37 Ley 22.285, art. 3° y sigs.
38 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, pág. 110.
39 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, págs. 177-180.

16 de la Const. Nac. que proclama que la igualdad es la base de los impuestos y de las *"cargas públicas"*; c) su transitoriedad o duración temporaria [40]. Además, como caracteres de la carga pública y con particular referencia a la prestación personal obligatoria se han señalado otros caracteres que completan el cuadro de juridicidad en que deben desenvolverse y así cabe mencionar desde su intransferibilidad, hasta el carácter gratuito que reviste y la necesidad de que exista correspondencia con un servicio cierto y determinado [41] requisito este último que resulta esencial para apreciar la certeza que debe tener el acto administrativo de alcance individual que especifica la carga pública para que su objeto sea legítimo [42]. Todo ello sin perjuicio de que la prestación impuesta no se funde en una ley arbitraria o irrazonable ya que en tal caso el administrado tendría derecho a resistir la carga pública mediante la impugnación jurisdiccional del acto administrativo de aplicación.

11. IMPOSICIÓN DE DEBERES EN SENTIDO ESTRICTO

Dentro del cuadro de las situaciones jurídicas pasivas en que se encuentra el administrado frente a la Administración Pública, cabe distinguir la figura de la obligación —tradicionalmente delineada por el Derecho Privado— del deber en sentido estricto, el que asume una particular trascendencia en el campo del Derecho Público. Mientras la obligación nace de la relación jurídica y encuentra su contrapartida en el derecho subjetivo de otro sujeto (en el caso el Estado) al deber operar en dirección genérica teniendo su origen no en una relación sino en la potestad de la Administración. De esta peculiar naturaleza que poseen los deberes administrativos se desprende que en tales casos los particulares no tienen ante sí —como en el supuesto de la obligación— a un sujeto que pueda reclamarles directamente la ejecución de su deber sino que estarán ante un poder que actúa en garantía del cumplimiento efectivo del deber [43], mediante la aplicación de sanciones (v.gr. deber de exportar impuesto en el régimen azucarero).

40 MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, trad. del francés, t. IV, pág. 21, Buenos Aires, 1954. Dice Mayer que "todos los servicios obligatorios tienen de común el hecho de estar limitados a cierto plazo; la carga a imponerse tiene siempre su medida".

41 BULLRICH, Rodolfo, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 72, Buenos Aires, 1932.

42 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, pág. 179.

43 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 33.

A su vez existen diversas clases de deberes. Por de pronto, se encuentran aquellos impuestos por reglamentar, en la medida en que exista una ley formal que habilite a dictarlos y con los debidos límites constitucionales. Los requisitos que conciernen a la legitimidad de estos deberes impuestos por vía reglamentaria corresponden a la teoría del reglamento al igual que su impugnación en sede jurisdiccional que se deduce conforme a normas específicas, contenidos en el art. 24 de la LNPA.

En segundo lugar, se hallan los deberes legales o reglamentarios cuya fiscalización compete a la Administración donde ésta no lleva a cabo acto alguno constitutivo del deber sino que efectúa una intimación —de efecto meramente aclaratorio— a fin de que se cumpla el deber impuesto por la norma. No hay aquí, en rigor, una orden de la Administración, como se verá seguidamente.

En efecto, la figura que reviste mayor interés es la de los deberes que se imponen por decisiones administrativas concretas en base a una previa habilitación legal, deberes que se estudian dentro de la tradicional teoría de las órdenes administrativas, elaborada principalmente por la doctrina alemana (Mayer) como uno de los medios típicos en que se manifestaba la actividad policial.

Interesa puntualizar que la orden que aquí consideramos no debe confundirse con las manifestaciones de mando que son normales en las relaciones organizativas (ej.: en la función pública) o en aquellas relaciones que traducen una supremacía o exorbitancia (v.gr. en los contratos administrativos). En estos casos, las órdenes no hacen nacer un deber *ex novo* y carecen de efecto limitativo, siendo más bien la manifestación normal de un vínculo creado previamente, por el cual se establecen ciertos poderes de disposición a favor de una de las partes.

La orden, aun cuando su posibilidad debe encontrarse siempre configurada por la ley, tiene como presupuesto una previa situación de libertad del destinatario. Esa libertad viene a excluirse o relativizarse a través de la orden de manera positiva (prescripciones que imponen conductas activas) o de un modo negativo (prohibiciones que imponen conductas omisivas). De ahí que la orden sea —como se ha dicho— antes que una técnica interventora de actuación general y necesaria, una manifestación eventual de la Administración que relativiza la libertad del ciudadano [44].

44 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 114.

Las órdenes pueden ser individuales o generales, no debiendo asimilarse esta última a los reglamentos con los que no obstante tener en común el hecho de referirse a un conjunto indeterminado de personas difieren en que tienen por objeto una situación concreta y no permanente, es decir, que no integran el ordenamiento jurídico (ej.: la orden de disolver una manifestación no autorizada; la orden de no circular por una calle determinada, etc.).

Las órdenes también se clasifican, en punto a su funcionalidad, en preventivas, directivas y represivas. Las órdenes preventivas están destinadas a evitar peligros, perjuicios o simplemente riesgos en la realización de actividades privadas.

Aun cuando por lo general este tipo de órdenes traducen prohibiciones ello no es así en todos los casos (ej.: en materia sanitaria).

En el campo de la intervención económica asumen gran importancia las llamadas órdenes directivas que procuran, de cierta manera, encauzar las actividades privadas dentro de determinados planes y objetivos (es lo que acontece, por ejemplo, en el régimen de la industria azucarera establecido por la ley 19.597, respecto del deber de no producir más azúcar que la cantidad fijada en el cupo anual o del deber de exportar determinadas cantidades).

Ciertas órdenes poseen, a su vez, una naturaleza represiva en cuanto procuran eliminar una situación contraria al interés público o ilegal ya producida o sus efectos (v.gr. orden de demolición de un edificio que amenaza ruina, incautación de alimentos en mal estado, orden de clausura, etc.) y pueden en ciertos supuestos, tener contenido sancionatorio en cuyo uso revisten la condición de actos mixtos.

12. El principio del *favor libertatis* y la necesidad de respaldo normativo para establecer actos de gravamen sobre los particulares

En aquellos sistemas constitucionales, como el nuestro, que han consagrado la necesidad de asegurar la libertad (como reza el Preámbulo de la Const. Nac.) cuyas distintas manifestaciones se preceptúan (art. 14, Const. Nac.) como derechos fundamentales de las personas (v.gr. libertad de ejercer industria, de comerciar, de ejercer cultos, etc.) asignándole, en definitiva, una posición preferente en el marco jurídico de la Constitución, no puede dudarse que el principio del *favor libertatis*, aun con las excepciones que pueda haber por razones de interés público, constituya una de las reglas básicas del sistema.

Este principio veda el uso indiscriminado y discrecional de medidas que afecten la libertad individual en perjuicio de los particulares cuando la Administración o la ley pudieran utilizar otros medios menos onerosos o perjudiciales a los derechos e intereses de las personas para alcanzar la finalidad en cada caso perseguida y obliga a resolver, en favor de la libertad, cualquier duda interpretativa que pudiera existir respecto de la aplicación de la limitación o delimitación de derechos [45].

En garantía de las libertades fundamentales de las personas y del derecho de propiedad, se requiere que la medida limitativa de la Administración cuente con un respaldo legal inexcusable para fundar su legitimidad. Este principio surge, de un modo implícito, de lo prescripto en el art. 19 de la Const. Nac. al estipular un ámbito de libertad privada que, como regla, se halla exento de la intromisión estatal estableciendo claramente que *ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe*. Esa prescripción constitucional se completa con el art. 28 que establece el principio de la inalterabilidad de los derechos y garantías fundamentales por parte de las leyes que reglamenten su ejercicio, principio este que rechaza la existencia de derechos absolutos habida cuenta que conforme al propio art. 14 de la Const. Nac. éstos se ejercen conforme al marco de la legislación reglamentaria.

13. LAS LLAMADAS POTESTADES ABLATORIAS: REMISIÓN

Al lado de los poderes de la Administración o del Congreso que confieren derechos o dan nacimiento a situaciones jurídicas *ex novo* a través de las figuras de la limitación o de la delimitación de derechos privados se encuentran aquellas otras situaciones jurídicas donde lo que se opera es una eliminación total o parcial del derecho del administrado. Estas potestades, denominadas ablatorias por un sector de la doctrina italiana, asumen diversas tipicidades jurídicas en relación al grado de extensión en que se manifiesta la potestad estatal e incluyen desde la expropiación hasta la ocupación temporánea, la requisición, el decomiso, etc. De ellas nos ocupamos más adelante.

14. LA TÉCNICA DE LOS ACTOS FAVORABLES: EL FOMENTO

Como se ha señalado precedentemente mediante la técnica de los actos favorables la acción interventora de la Administración vie-

45 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 105.

ne a producir una suerte de ampliación del *status jurídico* del particular. Esos actos, cuyo título juega en forma autónoma (con la consiguiente estabilidad de los derechos adquiridos) de la cobertura legal en la que se fundan [46] han sido estudiados bajo la categoría genérica del fomento, a la que se aplican los principios de la teoría general del acto administrativo o del contrato administrativo, según los casos, con ciertas peculiaridades que trataremos de resumir seguidamente tomando como ejemplo la técnica de la promoción industrial.

Dentro de las formas de intervención que caracterizan a la actividad del Estado, las técnicas del fomento asumen una tipicidad que se percibe en el contenido de la actividad y en los fines que ésta procura, cuyas características se vuelcan al régimen jurídico de los actos que generan las relaciones jurídicas subjetivas entre el Estado y las personas (físicas o jurídicas) que resultan destinatarias de las medidas del fomento.

Y si bien resulta gráfico Jordana de Pozas cuando puntualiza que uno de los objetivos que cumple la clasificación de las formas de la actividad administrativa es impedir *agotarse en el vano intento de aprender memorísticamente los cuarenta mil artículos en que prudentemente pueden calcularse los contenidos de las leyes y reglamentos administrativos* [47], dicha clasificación reporta una utilidad práctica innegable y constituye una herramienta jurídica necesaria para la aplicación e interpretación del derecho, en particular en los supuestos de carencia normativa.

Así como no se pueden trasplantar algunas reglas de la concesión de servicios públicos (v.gr., sustitución excepcional del cocontratante) al campo de los contratos o relaciones de promoción industrial, tampoco se puede resolver, en caso de duda interpretativa, una relación de atribución que tiende a beneficiar directamente al administrado de la misma manera que una relación de colaboración (v.gr., servicio público) donde la realización del bien común aparece de forma directa e inmediata.

Como los fines y naturaleza de toda institución o categoría jurídica influyen y modelan su régimen, no obstante que pueden aparecer las distintas técnicas entremezcladas, las normas aplicables y, sobre todo, los principios jurídicos que informan cada actividad, son

46 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 95.

47 JORDANA DE POZAS, Luis, "Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo", en *Estudios en Homenaje al Profesor Jordana de Pozas*, t. I, pág. 486, Madrid, 1961.

distintos en la medida en que respondan a una finalidad de policía, de fomento o de servicio público.

Sin necesidad de recorrer el camino trillado del análisis de las diferentes nociones doctrinarias que muchos autores transitan, es evidente que el concepto de fomento reposa sobre la idea de la conveniencia de que el Estado proteja o promueva determinadas actividades que realizan las personas físicas o jurídicas con la finalidad mediata de procurar que, mediante la concreción de dichas actividades, resulte un beneficio a la comunidad.

En Francia, la doctrina no se ha ocupado mayormente de los diferentes tipos de clasificación de la actividad administrativa, incluyendo la actividad de fomento dentro del concepto amplio de intervencionismo económico [48].

El fomento, tanto como la policía y el servicio público, caracterizan la intervención subsidiaria del Estado, tratándose de una actividad estatal que amplía los derechos de las personas físicas o jurídicas, técnica que puede extenderse también a las entidades estatales, ya fuere que tengan condición jurídica pública o privada.

En cambio, la policía es una típica forma de intervención estatal que limita los derechos individuales con el fin de hacerlos compatibles con el bien común o interés general. Todo el régimen de la policía administrativa se halla influido por el hecho de tratarse de una *actividad de limitación*, que concilia el interés particular con el bien común.

Difiere también el fomento del servicio público en la naturaleza y en los fines y, consecuentemente, en el régimen jurídico que acompaña la realidad que transmite este cometido estatal. En efecto, mientras el servicio público se concibe objetivamente con una actividad prestacional interferente, donde surge la necesidad, continuidad, etc., de la prestación, el fomento aparece como una ayuda, un estímulo, tendiente a que los particulares puedan realizar sus propias finalidades comerciales o industriales.

La utilización de la técnica de fomento, enunciada como tal a partir del siglo XVIII [49], implica la aplicación adecuada del principio de la subsidiariedad, en cuanto el Estado, frente a una situación de

48 Conf. LAUBADÈRE, André de, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, t. IV, págs. 147 y 157, Paris, 1977, quien incluye entre los procedimientos convencionales de dicho intervencionismo a los llamados "contratos económicos", equivalente a nuestros contratos de promoción industrial.

49 VILLAR PALASÍ, José L., "Las técnicas administrativas de fomento y apoyo al precio político", en RAP, págs. 22 y 23, Madrid, 1954.

insuficiencia de la iniciativa particular o cuerpos intermedios, estimula la realización de las actividades faltantes, en lugar de realizarlas por su propia cuenta.

Diseñadas las líneas que distinguen las diferentes modalidades de las técnicas de fomento y su diferenciación con las actividades de limitación y de prestación, sus aplicaciones, en un orden jurídico determinado, muestran un fenómeno de coexistencia e intercambiabilidad de las distintas técnicas que pueden aparecer en forma promiscua, en la acción administrativa concreta del Estado.

Puede objetarse que la hipótesis de la cual se parte pretende agotar todos los tipos clasificatorios que condensan la actividad jurídica administrativa del Estado.

Tal sistematización no pretende representar el grupo de los criterios clasificatorios expuestos de modo absoluto y estricto, tratándose de una aproximación real y útil a la ciencia jurídica que precisa captar objetivamente los procesos propios de la actividad estatal y adscribirlos a determinado régimen jurídico.

Porque, en verdad, cualquier acto estatal concreto puede contener simultáneamente las actividades descritas, ya que la unidad de la acción del Estado reposa sobre ese hecho evidente y la circunstancia de que ella se reconduce en definitiva a un único fin, que es la realización del bien común.

Pero no es menos evidente que en la casi totalidad de los actos predomina alguno de los contenidos objetivos que se utilizan para realizar ese bien común, quedando desde luego admitido que en cada uno de esos actos pueden actuar también las otras técnicas en que se resume la actividad estatal concreta, creadora de situaciones jurídicas subjetivas.

15. LOS MEDIOS DE FOMENTO

La doctrina se ha ocupado de clasificar los medios a que acude el Estado [50] para estimular la realización de actividades privadas por razones inherentes al interés público. Se trata de actos propios de la justicia distributiva ya que el incentivo que se procura con el fomento se concreta en la adjudicación o distribución de ventajas de índole honorífica o económica que pertenecen a los llamados bienes comunes.

50 Véase: GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 250 y sigs., 10ª ed., Madrid, 1987; DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, t. IV, pág. 144 y sigs., Buenos Aires, 1969.

De ese modo, mediante la técnica distributiva, se conectan regulaciones públicas en actividades regidas por el Derecho Privado, dando origen a una serie de relaciones jurídicas donde el poder público del Estado queda circunscripto al aspecto *ins administrativo* de la relación emergente del fomento que no puede interferir en el *status* jurídico del particular ni en sus derechos de propiedad sobre el bien o la empresa que constituyen el objeto del fomento. Este límite hace que ciertos poderes que el ordenamiento atribuye a la Administración en el marco de la contratación pública (ej.: sustitución del cocontratante) carezcan de sentido y, por tanto, de vigencia, en esta clase de relaciones donde se actúa a través de una técnica de inducción y el beneficio para la comunidad se logra en forma indirecta.

Entre los medios que tienden a estimular la actuación de los particulares en un determinado sentido se encuentran los denominados honoríficos cuyo sentido acaso más trascendente consiste en generar el perfeccionamiento individual de quien alcanzó la distinción, el premio, la condecoración o la más alta calificación en un examen, cuyo fundamento radica en el beneficio social que ello reporta.

El empleo de estos medios honoríficos ha sido objeto de críticas por parte de las corrientes que postulan el igualitarismo social que, en forma dogmática, pretenden borrar las naturales desigualdades que existen entre las personas y diluir la sociedad en el Estado, pues al desaparecer aquéllos los únicos desiguales serán los detentadores del poder político de turno. Al sostener esta tesis no se repara en que el principio de igualdad no se altera cuando se trata en forma igual a los iguales (por ejemplo, a quienes se encuentran en una misma condición jurídica) sino cuando el ordenamiento incide igualitariamente sobre quienes se encuentran entre sí en un plano de desigualdad. Pero, además, la concepción igualitaria no advierte la trascendencia —ni la aptitud— que tienen los medios honoríficos para provocar una alta dosis de ejemplaridad en el seno de la sociedad respecto de las conductas que resultan premiadas con una distinción de esa naturaleza.

Los medios de fomento también pueden revestir naturaleza económica ya sea que consistan en prestaciones *in natura* o materiales, o en ventajas financieras o dinerarias. Estos últimos, pueden ser directos como los anticipos o préstamos, primas, subsidios, subvenciones y reintegros o reembolsos aduaneros, o bien, indirectos como las exenciones y desgravaciones impositivas o la admisión temporal de mercaderías exentas de derechos de importación para su elaboración con destino a la exportación, donde no se opera ningún desplazamiento patrimonial por parte de la Administración.

En ese cuadro clasificatorio la doctrina suele distinguir respectivamente el subsidio, la prima y la subvención. El primero, consiste en un desembolso dinerario periódico fundado en la ley o en un contrato administrativo (basado en ley) que genera un derecho subjetivo a su percepción (v.gr. el subsidio familiar) mientras que la prima carece de dicha periodicidad. A su vez se ha sostenido que la prima se diferencia de la subvención en que el otorgamiento de esta última resulta discrecional y no genera derecho subjetivo en cabeza del particular subvencionado [51].

Lo cierto es que si la fuente de la subvención deriva de un contrato, su concesión deja de ser discrecional y el particular tendrá acción para reclamar su cumplimiento ante la justicia, confundiéndose en tal caso con la prima y con el subsidio (en el supuesto que sea periódica) lo que permite concluir que la subvención puede también ser concebida en sentido amplio, comprensiva de cualquiera de las especies indicadas, en virtud de la existencia de reglas comunes en su régimen jurídico [52]. En principio, la subvención no genera contraprestación o compensación, salvo que hubiera al respecto alguna estipulación expresa establecida en un acto o contrato administrativo.

16. EL FOMENTO DE LAS INDUSTRIAS

La técnica de *estimulación* que traduce el fomento comprende tanto medidas orientadas a proteger determinadas actividades como a aquellas encaminadas a promoverlas.

Promoción y protección son, pues, dos formas distintas de realizar el fomento, que coexiste muchas veces en un régimen jurídico unitario.

De este modo, el fomento de las industrias puede abarcar tanto medidas de *promoción* (ej.: beneficios fiscales para la formación del capital social de la entidad promovida) como aquellas ventajas que encuadran en el concepto de protección industrial (v.gr., fijación de aranceles o derechos de importación tendientes a proteger la industria instalada o la que se instale en el país).

51 Conf. DIEZ, Manuel M., *op. cit.*, t. IV, págs. 148-149.

52 La tendencia del derecho positivo orienta hacia un tratamiento jurídico uniforme para subsidios y subvenciones (en sentido estricto) tal como lo preceptúa el art. 2° de la ley 23.696. Sin embargo, esta ley distingue los subsidios y las subvenciones de determinadas exenciones impositivas vinculadas a la promoción industrial y minera (arts. 4° y sigs. de la ley 23.696) pese a que en ambas figuras no hay técnicamente, desplazamiento patrimonial.

Tal es la orientación que fluye de la ley argentina de promoción industrial 21.608, donde si bien se emplea el término *promoción*, es utilizado en su acepción amplia, es decir, como equivalente a *fomento*, habida cuenta que en el art. 4° de la citada ley, los incs. c y f, que contienen verdaderas técnicas de protección, referidas a la imposición de derechos de importación con el fin de proteger la industria instalada o a instalarse.

La promoción o protección de la industria no implica el fomento de toda la actividad económica, la cual, en la mayor parte de los países occidentales, suele tener regímenes positivos propios en el ordenamiento jurídico de cada actividad.

De ese modo, el concepto de *actividad industrial* se convierte en el presupuesto básico objetivo para el acceso a los beneficios de fomento. En tal sentido, la idea de transformación en su forma o esencia (ya sea física, química o físico-química) de materias primas o materiales, en nuevos productos, por medio de un proceso inducido, mediante la aplicación de técnicas de producción uniformes, configura el eje de lo que se entiende por actividad industrial [53].

17. ESTRUCTURA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS DE PROMOCIÓN INDUSTRIAL

Uno de los temas, quizá, de mayor trascendencia en los regímenes de fomento industrial, es el referente a la estructura de la relación jurídica que se crea entre el Estado y la entidad que recibe los beneficios de fomento industrial.

La cuestión presenta matices peculiares que se reflejan tanto en la posibilidad de extender o excluir las reglas sobre responsabilidad contractual y prescripción de las respectivas acciones, como en la aplicabilidad o no de las normas que rigen la invalidez de las cláusulas accidentales, que, en principio, no parecerían tener cabida en el ámbito contractual, donde es difícil escindir una porción del conjunto de cláusulas que ha sido querida y aceptada en su totalidad.

A) La relación jurídico-administrativa

El concepto y perfiles de lo que cabe entender por relación jurídica ha sido efectuado por la doctrina, no siendo patrimonio exclusi-

53 Ver dec. 2541/77, art. 7°. A ello cabe agregar aún la utilización de maquinarias o equipos, la repetición de operaciones o procesos unitarios llevados a cabo en un establecimiento industrial.

vo del Derecho Civil, sino de la teoría general del derecho. Por relación jurídica administrativa se entiende toda relación o vinculación intersubjetiva que teniendo su fuente en la ley, hechos o actos, contratos o cuasicontratos, enlaza elementos del ordenamiento jurídico y produce efectos jurídicos [54].

No se debe confundir, por tanto, la relación jurídica con su contenido, el cual está formado generalmente por un haz de potestades, derechos, deberes y obligaciones, cuya naturaleza jurídica corresponde a la condición de fuente de la cual emana.

En el Derecho Privado es frecuente, sin embargo, definir a la obligación como relación jurídica, cuando en realidad es parte del contenido de esa relación. Refiérese la relación a la creación de una estructura jurídica entre los sujetos vinculados; por ello es que se puede hablar de relación unilateral y bilateral con respecto a la formación del acto. Pero también puede comprender la incidencia de los efectos con respecto a cada uno de los sujetos que integra la estructura de esa relación, desde el momento que esos efectos pueden ser tanto unilaterales como bilaterales [55]. Esta postura es expresamente aceptada por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, en el Brasil, si bien la circunscribe a los actos unilaterales en su formación [56].

B) Estructura de la relación jurídica de fomento

En la casi totalidad de los casos, la relación jurídica que vincula al administrado con la Administración Pública en materia de fomento industrial, es evidentemente bilateral, tanto en su formación como en sus efectos.

La constitución es bilateral, habida cuenta que las ventajas o beneficios requieren de la solicitud o petición del administrado y de la consecuente voluntad administrativa que decide otorgar alguna ventaja o medida de promoción o protección industrial.

Los efectos que ese acto genera alcanzan, por regla general, tanto al Estado que tiene la obligación de concretar los actos que trasuntan la concesión de los beneficios promocionales, como a la entidad que recibe las medidas de fomento, que asume diversas cargas y obli-

54 Conf.: GARCÍA TREVIJANO FOS, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 435, Madrid, 1964.

55 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II-A, pág. 116 y sigs., Buenos Aires, 1975.

56 OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de, *Atos Administrativos*, pág. 320, São Paulo, 1980.

gaciones (v.gr., obligación de poner en marcha la instalación industrial en un plazo determinado).

Determinada la estructura de la relación jurídica, resta por establecer el tipo de fuente que la origina, aspecto que ha generado bastante confusión en los autores que se han ocupado del tema.

C) Fuente de la relación jurídica de fomento industrial

Se ha visto que las relaciones jurídico-administrativas, se originan en muy diversas fuentes: ley, hechos y actos jurídicos (dentro de los cuales cabe incluir los contratos) y cuasicontratos.

En materia de fomento industrial, las relaciones nacen, por lo general, en un acto jurídico bilateral, que puede asumir o no la categoría de un contrato administrativo de atribución [57].

En el derecho argentino, la política legislativa no siempre ha seguido una misma tendencia, pues mientras la ley 20.560 exigía la suscripción de un contrato, la ley 21.608, aun cuando no excluye esta figura, no requiere la formalización de un acuerdo de voluntades entre el Estado y la empresa promovida.

De esta circunstancia no se desprende forzosamente que la relación de fomento pierda su naturaleza bilateral, pudiendo surgir de un simple acto bilateral o de un contrato.

Cuando existe de parte de la entidad beneficiaria un mero acto de acogimiento a determinado régimen de fomento industrial, que impone deberes para el Estado, juntamente con cargas y obligaciones para la recipiendaria, y cuando la voluntad estatal aparezca determinada o reglada por el ordenamiento (del cual derivan los efectos del acto administrativo que genera las relaciones entre las partes) él no puede ser un contrato. Será, en todo caso, un mero acto jurídico bilateral en su formación y efectos. Esta circunstancia no impide aplicarle a este tipo de acto las reglas de la responsabilidad contractual, las cuales, cuando provienen del Código Civil, se aplican por analogía.

Tampoco corresponde extender a estos casos la noción del negocio jurídico que, proveniente de la doctrina alemana, resulta extraña en nuestro derecho, que acude al concepto más amplio de acto jurídico [58].

57 Sobre los contratos administrativos de atribución, ver: MARIENHOFF, *op. cit.*, pág. 113; CASSAGNE, Juan C., "Los contratos en la Administración Pública", ED, t. 57, pág. 793.

58 En la Argentina, si bien un sector de la doctrina acepta la noción de negocio jurídico de derecho público, se sostiene que un mismo acto puede concebirse a la vez como mero acto administrativo y como negocio de derecho público, lo cual demuestra el escaso rigor

En el mismo sentido que el expuesto, nuestra Corte Suprema de Justicia ha expresado:

Que el régimen de promoción de la industria automotriz —como se ha dicho— colocaba a ésta como una actividad reglamentada, cuyo ejercicio requería contar con la correspondiente autorización.

La voluntad del interesado debía, en consecuencia, manifestarse para la incorporación al régimen: pero desde el momento que aquélla era aceptada, otra voluntad, la de la Administración Pública, en conjunción con aquélla, daba nacimiento al acto administrativo que resultaba de ese modo bilateral en su formación y también en sus efectos. En su formación, porque el pedido del interesado de acogerse al referido régimen era un presupuesto esencial de su existencia; y en sus efectos, porque originaba los respectivos derechos y obligaciones emergentes de esa concurrencia de voluntades.

En ese sentido, particularizando más lo dicho, debe señalarse que, en lo esencial de la relación jurídica, la empresa automotriz quedaba comprometida a cumplir el plan aprobado por la Administración y ésta a respetar el mismo, así como el régimen de importaciones de material, establecido en beneficio de aquéllas [59].

18. NATURALEZA Y CARACTERES DE LAS RELACIONES DE LOS REGÍMENES DE FOMENTO INDUSTRIAL Y DEL ACTO OTORGANTE DE BENEFICIOS

Aun cuando la realización del bien común se obtiene de un modo mediato, la actividad concreta de fomento no deja de pertenecer a la función administrativa objetivamente considerada, habida cuenta que la intervención del Estado tiende a cumplir la función supletoria o subsidiaria que le es propia sobre las bases de las técnicas del Derecho Público, como evidentemente son los actos por los cuales se otorgan beneficios a las industrias.

Las relaciones que se generan pertenecen tanto al ámbito de la justicia distributiva (v.gr., otorgamiento de beneficios fiscales) como aquella especie de justicia que trata lo debido por las partes a la comunidad (justicia legal), tal como ocurre con las cargas que impone el ordenamiento a quienes reciben la promoción. Esto es así, por

lógico de la clasificación. Por lo demás, la categoría del negocio jurídico es extraña a la ley nacional de procedimientos administrativos 19.549 y al Código Civil. En el Brasil, mientras que algunos autores la aceptan, como López Meyrelles, otros ni siquiera la incluyen en la clasificación de los actos administrativos. Tal el caso de Oliveira Franco Sobrinho.

59 *In re* "Metalmecánica SA c/ Gobierno Nacional", ED, t. 71, pág. 465.

cuanto aun cuando la fuente de la relación sea un contrato, no se puede hablar, en rigor de verdad, de conmutación alguna que relacione lo debido en proporción a la cosa.

En la medida en que se trata de relaciones de atribución, en las cuales la prestación principal está a cargo de la Administración, es evidente que toda interpretación que se formule acerca tanto del régimen como del acto otorgante de beneficios, tiene que favorecer los fines que la promoción o protección persiguen en el caso concreto, debiéndose interpretar toda duda en favor de la entidad beneficiaria.

Si bien la relación jurídica básica que surge de un acto de fomento es de carácter administrativo por la naturaleza y el fin de la actividad —dado que los bienes o ventajas que el administrado percibe no son susceptibles de constituir el objeto de una contratación privada (v.gr., beneficios fiscales)—, ello no impide desconocer la posibilidad de que el respectivo acto sirva también de fuente de relaciones jurídicas privadas, cuya problemática se extiende a las situaciones jurídicas subjetivas derivadas de los regímenes, actos y contratos de fomento industrial, de los cuales surgen relaciones entre la entidad promovida y los inversionistas (especialmente cuando la empresa que recibe la promoción sea una sociedad anónima mercantil).

Este tipo de relaciones se regirán por las normas y principios del Derecho Comercial, siendo aplicable el Derecho Público en la medida en que hubiera una derogación expresa y especial de las normas comunes mercantiles. Pero esto no es más, que el reconocimiento en el orden de la realidad, del fenómeno de interferencia entre los derechos público y privado, o, si se quiere, de la injerencia parcial del Derecho Administrativo en las relaciones jurídicas privadas.

19. LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS RELATIVA A LA ACCIÓN INTERVENTORA DEL ESTADO

A) Principios que rigen la distribución de competencias en la Constitución Nacional

La cuestión inherente a la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Provincias en materia de la acción interventora de los poderes públicos ha sido tradicionalmente enfocada desde la óptica del llamado *poder de policía*. Sin embargo, como se ha visto, dicha acción interventora abarca también diversos aspectos que, orgánicamente, competen no sólo al Congreso sino también al órgano ejecutivo de gobierno no circunscribiéndose, en la actualidad, al concepto clásico de la actividad de limitación. Con todo, las concep-

ciones elaboradas en torno del sistema constitucional y, específicamente, sobre el poder de policía, con las debidas cautelas, siguen siendo válidas y, por tanto, pueden extenderse a todo el conjunto de medios en que se traduce la acción interventora del Estado.

Nuestra Constitución, al establecer la estructura del Estado Federal (la Nación, según otra terminología que también utiliza la Const. Nac.) —en quien reside la soberanía— y las Provincias —como entidades autónomas— no hace un mero reparto de competencias sino que articula un sistema bajo el cual las autonomías provinciales pueden desenvolverse, sistema que guarda, en este punto, una sustancial analogía con el estatuido en la Constitución de los EE.UU.

Esa estructura general que tiene por propósito la ordenación del conjunto para cumplir uno de los objetivos del preámbulo que consiste en *realizar la unión nacional* se apoya en el principio de prevalencia del derecho emanado de los poderes nacionales o federales en el marco de la Constitución, principio reconocido desde antaño por la jurisprudencia de la Corte Suprema [60] cuya fuente es el precepto contenido en el art. 31 de la Const. Nac. (que estatuye que la Constitución y las leyes dictadas en su consecuencia son la ley suprema de la Nación) [61].

El principio de supremacía de la legislación federal o nacional [62] que aparece potenciado con la reserva de facultades exclusivas, ex-

60 Si bien la Corte ha sostenido en términos generales que el poder de policía compete, por principio, a las Provincias (*Fallos*, 239:343 y sigs., *in re* "Soc. Com. Ind. Giménez Vargas Hnos. c/ Provincia de Mendoza") siempre ha reconocido que en caso de incompatibilidad o repugnancia efectiva entre los poderes nacionales y provinciales, debe prevalecer el precepto federal, por su carácter de ley suprema (*Fallos*, 137:212).

61 Este precepto reconoce su fuente en la Constitución de los EE.UU. (art. VI, ap. 2). Entre los antecedentes nacionales una norma similar se encuentra en el Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata de 1813 (cap. 13, art. 185) y en el Proyecto de Alberdi para la Confederación Argentina (capítulo 1, art. 15). Cabe apuntar en este último proyecto se enfatizaba más aun el principio de supremacía al establecerse: "No hay más autoridades supremas que las autoridades generales de la Confederación".

62 Véase: ESTRADA, José M., *Curso de Derecho Constitucional*, t. III, pág. 32, Buenos Aires, 1902, quien interpreta el art. 121 de la Const. Nac. en el sentido de los poderes allí descriptos son conservados por las Provincias "siempre que de ello no se siga perjuicio ni a la unidad nacional ni a la supremacía de la Constitución y de las leyes de la Nación". Con acierto, apunta también Estrada, al referirse a las limitaciones implícitas a la autonomía de las Provincias, que si la facultad ejercida por el gobierno federal "es de tal naturaleza que no pueda menos de producirse perturbación si se legisla en diverso sentido y por diversas autoridades, sobre la materia a que se refiere, entonces la atribución conferida a la Nación excluye por completo toda atribución concurrente por parte de las provincias" (*op. cit.*, t. III, pág. 50), completando este pensamiento con una cita del Federalista que resume la doctrina de la exclusión de los poderes provinciales cuando las facultades "conferidas al gobierno federal, aunque no como exclusivas, sean, sin embargo,

presamente enumeradas, la cabeza del Congreso Nacional (en varios incisos del art. 75 de la Const. Nac.), representa una importante limitación al poder dispositivo de las autonomías provinciales y se encuentra asegurado por el precepto que consagra el art. 126 de la Const. Nac., que veda a las provincias *"el ejercicio del poder delegado a la Nación"*. El sistema se cierra con la cláusula que estatuye que las Constituciones de Provincia (y por ende la consecuente legislación emanada de los poderes locales constituidos) debe ajustarse al sistema y a los principios de la Constitución Nacional (art. 5°, Const. Nac.) cuyo gobierno federal, garantiza el goce y ejercicio de las instituciones provinciales. En esa función de garantía se funda —según Alberdi— el principio de prelación de la ley nacional sobre la ley provincial [63].

B) Poderes implícitos y poderes inherentes o "resultantes"

Ahora bien, para completar el cuadro descripto es necesario advertir la configuración de dos clases de poderes que deben jugar funcionalizados con los atribuidos o delegados expresamente al gobierno federal. En primer lugar, se encuentra la cláusula del art. 75, inc. 32 —cuyo funcionamiento constitucional no ha sido muchas veces correctamente advertido— que prescribe una delegación genérica a favor del Congreso para *hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina* [64].

---

de tal naturaleza que entrañe verdadera repugnancia y contradicción su simultáneo ejercicio de parte de la nación y de las provincias" (*op. cit.*, t. III, pág. 51). Esta ha sido, asimismo, la interpretación invariablemente sustentada por nuestra Corte Suprema. Ver en el mismo sentido: ALBERDI, Juan B., *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, pág. 193, Eudeba, Buenos Aires, 1979.

63 ALBERDI, Juan B., *op. cit.*, pág. 193.

64 La fuente de la cláusula de los poderes implícitos del Congreso (art. 75, inc. 32, Const. Nac.) se halla en el art. I, sección VIII, cláusula 18 de la Constitución de los EE.UU. Pero nuestro artículo es más restringido que el de la Constitución de los EE.UU. que avanza sobre los poderes (expresos o implícitos) del Ejecutivo o del Judicial como advierte Aja Espil al desarrollar el pensamiento insinuado por González al comparar ambas cláusulas constitucionales (véase: AJA ESPIL, Jorge A. *Constitución y Poder. Historia y Teoría de los Poderes Implícitos y de los Poderes Inherentes*, pág. 140 y sigs., Buenos Aires, 1987). En otro sentido, el precepto de nuestra Constitución tiene un alcance más amplio pues habla de leyes y reglamentos que sean convenientes mientras que en la Constitución norteamericana se requiere que las leyes sean "necesarias y apropiadas". En ambos casos, se trata de conceptos jurídicos indeterminados cuya función de atribuir una competencia residual es bien patente y así ha funcionado en las respectivas experiencias constitucionales.

Pero el artículo de nuestra constitución tiene un alcance más restringido que el de la Constitución de los Estados Unidos, pues éste avanza sobre los poderes (expresos o implícitos) del Ejecutivo y del Judicial, tal como lo ha advertido Aja Espil —en un lúcido trabajo sobre la materia— al desarrollar la opinión vertida por Joaquín V. González cuando compara ambas cláusulas constitucionales [65].

Esta cláusula se refiere a los llamados poderes implícitos del Congreso que son aquellos que surgen por implicancia o extensión de las competencias expresamente atribuidas [66].

El otro tipo de poderes son los poderes inherentes o *resultantes* que derivan de las competencias propias de la naturaleza y fines [67] de un órgano o institución determinada [68] como son los que dimanan de la llamada Zona de Reserva de la Administración [69].

C) Los poderes atribuidos a las provincias

Finalmente, hay que tener en cuenta otro precepto de capital trascendencia en punto a la determinación de la competencia local, como es el que consagra la Constitución en su art. 121 al prescribir que "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal..." [70]. De este precepto, se han extraído algunas conclusiones (como el carácter local de muchas instituciones administrativas, particularmente de la policía) que, a nuestro juicio, deben rectificarse con la finalidad de armonizar su contenido con los principios fundamentales que hacen a la unidad de la Nación [71] y a la consecuente prevalencia del bien común o interés nacional sobre los particularismos de las provincias, cuya diversidad y autonomía la Constitución por otra parte garantiza.

En efecto, al hilo de una correcta interpretación constitucional, que no desarticule el sistema instaurado, esa competencia atribuida

65 Véase AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y Poder. Historia y Teoría de los Poderes Implícitos y de los Poderes Inherentes*, pág. 140 y sigs., Buenos Aires, 1987.

66 Conf. AJA ESPIL, Jorge A. *op. cit.*, pág. 150 y sigs.

67 El concepto de poder inherente se conecta con el principio de la especialidad de la competencia de los órganos o entes administrativos que, para nosotros constituye la regla general, salvo en materia sancionatoria o derecho penal administrativo (véase: *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 240, Buenos Aires, 1986).

68 Conf. AJA ESPIL, Jorge A., *op. cit.*, pág. 160.

69 Véase: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 522 y sigs., Buenos Aires, 1990.

70 El art. 121 de la Const. Nac. es similar a la cláusula contenida en la enmienda Décima de la Constitución de los EE.UU. por lo que cabe asignarle idéntico alcance: Conf. ESTRADA, José M., *op. cit.*, t. II, pág. 191.

71 ESTRADA, José M., *op. cit.*, t. II, pág. 194.

por el art. 121 de la Const. Nac. a las Provincias no significa reconocerles a éstas poderes inherentes que puedan hallarse en pugna con los poderes delegados, en forma expresa o implícita, ni con los poderes inherentes propios del Gobierno Federal. Se refiere, en rigor, a los poderes (sean concurrentes o resultantes) que conservan, es decir, a los que no han sido objeto de atribución exclusiva al Gobierno Federal o bien, que la Constitución les ha atribuido en forma excluyente (arts. 5°, 122 y 123) o concurrente (art. 125) En otros términos, cuando el Congreso o el Ejecutivo (a través del ejercicio del poder reglamentario) hagan uso de alguno de los poderes que emergen de su competencia constitucional (ya sean exclusivos, implícitos o inherentes) tal normación tendrá prevalencia sobre la que puedan realizar las Provincias en ejercicio de los poderes concurrentes que han conservado conforme al art. 121 de la Const. Nac. Sólo de este modo adquiere sentido constitucional la cláusula de supremacía contenida en el art. 31 de la Const. Nac. y su función de garantía de aquella prevalencia de las normas federales o nacionales sobre las provinciales.

En resumidas cuentas, la cláusula de supremacía del art. 31 asegura la prevalencia de la legislación del Estado Nacional que el Congreso sancione tanto en ejercicio de las competencias exclusivas atribuidas expresamente como de los poderes implícitos que surgen de esa competencia expresa y de los llamados poderes inherentes. Es en ese marco donde cobran sentido los poderes que conservan las Provincias conforme al art. 121 de la Const. Nac.

De otro modo, ni la cláusula de los poderes implícitos (art. 75, inc. 32) [72] ni el reconocimiento de los poderes inherentes hubieran podido desempeñar la trascendente misión de servir a una interpretación evolutiva de los fines y medios que la Constitución adjudica al Gobierno Federal, imposibles de ser previstos de antemano aun cuando, en realidad, la cláusula de los poderes implícitos igualmente hubiera podido desarrollarse en forma pretoriana como consecuencia de la interpretación constitucional. Esta circunstancia fue percibida claramente, en su momento, por Marshall, debiendo anotarse que para Hamillton la inclusión de la cláusula no agregaba nada sustancial a la Constitución en la inteligencia de que *la autoridad de ejercer los poderes estaba implícita en la misma concesión de poderes* [73].

72 En la Constitución de 1826 (Sección IV-B, cap. 4, art. 58) se adjudicaba al Poder Legislativo la función de hacer "todas las demás leyes y ordenanzas de cualquier naturaleza que reclame el bien del Estado: modificar, interpretar y aprobar las existentes".

73 Cit. por BARBER SOTIROS, A., *Sobre el Significado de la Constitución de los EE.UU.*, págs. 111-112, trad. del inglés *On What the Constitution Means*, 1984, Buenos Aires, 1989.

La sustancial analogía (no obstante la menor amplitud con que se reconocen en nuestra Constitución los llamados poderes implícitos del Congreso) que guarda el sistema argentino con el de la Constitución de los EE.UU., después de las vicisitudes y cambios de criterios producidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, permite extraer orientaciones válidas para nuestra propia interpretación judicial. En efecto, a partir del año 1941 (especialmente en el caso "United States c/ Darby") [74] en la Corte norteamericana se consolidó el triunfo de la cláusula de supremacía de la Constitución de los Estados Unidos y de las leyes dictadas por el Congreso —particularmente en lo referente al comercio interior— siendo evidente —se ha dicho— que actualmente la Décima Enmienda *no protege a los estados ni a sus subdivisiones del influjo de una autoridad otorgada afirmativamente al gobierno federal* [75].

Y si bien como lo reconoce Bianchi el sistema de la Constitución es claro, la Corte ha establecido los límites entre los poderes federales y los provinciales [76] pudiendo señalarse entre los poderes que han quedado bajo la reserva exclusiva de las Provincias los que conciernen: a) el dictado de sus propias Constituciones y el establecimiento de sus respectivos regímenes municipales; b) la administración de la justicia local y los códigos de procedimientos; c) las instituciones de Derecho Público interno, como el poder de policía local.

En otros casos, como en materia de educación primaria, fomento y facultades impositivas (entre otras competencias) los poderes provinciales son concurrentes pero su ejercicio no debe resultar incompatible con el de poderes federales de idéntica naturaleza dado que si esto ocurriera, prevalecería siempre la legislación del Congreso Nacional, en mérito a la cláusula de supremacía contenida en el art. 31 de la Constitución.

74 En este caso de 1941 se completa y reformula expresamente la tesis de Marshall (312 US 100); ver también: "Case v. Bowles" (327 US 92, 101) del año 1946; asimismo: "Milliken v. Bradley" (97 S. Ct. 2749). Sin embargo, en algunas ocasiones, la Corte dio prevalencia al sistema federal sobre el poder del Congreso en materia de las atribuciones de los Estados para regular los salarios de los empleados públicos (*in re* "National League of Cities v. Usery" (426 US 833, 842, 845, año 1976); véase: CORWIN, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual*, pág. 568 y sigs., trad. del inglés, Buenos Aires, 1987, de donde hemos extraído las citas jurisprudenciales.

75 Conf. CORWIN, Edward S., *op. cit.*, pág. 572.

76 Conf. BIANCHI, Alberto B., *La Delegación Legislativa*, pág. 208, Buenos Aires, 1990.

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LOS SERVICIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS MARCOS REGULATORIOS Y LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

SUMARIO

1. La década de las privatizaciones: su significación política y jurídica.
2. Los diferentes períodos del régimen de gestión de servicios públicos. (a) Primera etapa. (b) Segunda etapa. (c) Tercera etapa.
3. Principales criterios seguidos en la operación privatizadora argentina.
4. El servicio público como técnica que requiere una constante adaptación a los sistemas y realidades imperantes: la regulación para la competencia.
5. El servicio público como categoría constitucional.
6. Evolución de la concepción tradicional.
7. Los modos de gestión y el régimen jurídico del servicio público.
   A) Concesión y licencia.
   B) Sobre el régimen administrativo aplicable a las concesiones de servicios públicos.
8. *Quid* de la regulación económica.
9. Sobre la necesidad de separar la función reguladora básica del control.
10. Los marcos regulatorios: su contenido básico.
11. El sistema tarifario: diversidad de fuentes. Naturaleza del acto o cláusula de determinación de las tarifas.
12. El retorno de la concepción contractual en la fijación de las tarifas de los servicios públicos.
13. El principio del equilibrio económico-financiero de la concesión o licencia y su proyección al derecho del concesionario a la modificación tarifaria.
    A) La teoría del contrato administrativo y sus relaciones con el derecho civil.

B) La compensación de los desequilibrios en el contrato administrativo.

C) Continuación. El mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo: su fundamento común.

D) Aplicación de las reglas propias de la justicia conmutativa.

E) Peculiaridades de las principales técnicas que garantizan el equilibrio financiero del contrato.

a) La compensación por el ejercicio de la *potestas variandi*.
b) El hecho del príncipe (*factum principis*).
c) La teoría de la imprevisión.
d) La revisión de precios *ex lege*.

F) La proyección del principio del equivalente económico en el derecho del concesionario o licenciatario a obtener el reajuste tarifario.

14. Técnicas y principios de interpretación de los marcos regulatorios y actos de aplicación.

A) La interpretación integrativa de los fines u objetivos fijados en los marcos regulatorios y la protección de los usuarios.

B) Flexibilidad de la interpretación en el ámbito de la regulación económica y contratos de concesión o licencia.

C) El carácter restrictivo de las actuaciones públicas que limitan las libertades económicas.

15. La responsabilidad de las concesionarias y licenciatarias frente a los usuarios por daños ocasionados por interrupciones en el servicio.

16. El mantenimiento del servicio universal y la transición hacia un régimen más abierto y competitivo.

17. Excurso sobre la aplicación de dos concepciones básicas del derecho norteamericano: a) la teoría de la deferencia y b) la llamada jurisdicción primaria.

18. Las sanciones previstas en los marcos regulatorios: tipos de sanciones y principios aplicables. Naturaleza del acto administrativo sancionatorio.

19. Régimen de los bienes: lo atinente a la reversión en los contratos de concesión o de licencia de servicios públicos. El rescate.

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LOS SERVICIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS MARCOS REGULATORIOS Y LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

1. LA DÉCADA DE LAS PRIVATIZACIONES: SU SIGNIFICACIÓN POLÍTICA Y JURÍDICA

A partir de 1990 —si bien el proceso puede situarse algo antes— la Argentina entró en un período de su historia política y económica que bien podría denominarse la década de las privatizaciones.

La operación privatizadora fue de tan vastos alcances que comprendió, prácticamente, todas aquellas empresas que no cumplían funciones esenciales o indelegables del Estado. Desde empresas que tenían por objeto meras actividades comerciales o industriales (ej.: fábricas) hasta las reguladas por el Derecho Administrativo en virtud de la gravitación que traducen para la comunidad (calificadas por un sector de la doctrina como actividades de interés público) hasta los servicios públicos tradicionales [1] (como la producción y distribución de agua y la distribución de gas y de electricidad) todo un variado universo de empresas fue declarado, por ley, sujeto a privatización.

Con excepción de algunos casos aislados, puede decirse que la operación privatizadora de los servicios públicos y demás actividades de interés público fue tan eficaz (en cuanto a que se cumplieron los objetivos fijados por el legislador) como eficiente (en la medida en que pudieron seleccionarse —en condiciones económicas ventajo-

1 POUGNAUD, Pierre, *Service Public "à la Française" ¿une Exception en Europe?*, Institut de Gestión Déléguée, Paris, 1999, pág. 65, afirma que el vocablo servicio público tiene la ventaja de evocar una amplia accesibilidad a un vasto público, por lo que conlleva una connotación muy democrática. Por supuesto, la fórmula "servicio económico de interés general" ha sido consagrada en el derecho comunitario europeo.

sas— consorcios que contaban con operadores internacionales de primera línea). Se llevaron a cabo importantes inversiones y, en general, las tarifas que pagan actualmente los usuarios resultan razonables, sobre todo si se las mide en comparación con las que rigen en los principales países del mundo occidental.

Esa historia permite extraer una conclusión liminar y ella es que el proceso privatizador reflejó un cambio *político* profundo en el modelo de Estado que regía en la Argentina, cambio éste que implicó, entre otras cosas, el quiebre de la concepción del Estado de Bienestar que, básicamente, inspirado en las ideas de Keynes, rigió hasta la década del 80.

Se trata de un fenómeno común a la casi totalidad de los países de Europa y de América latina que traduce —como lo ha destacado bien Ariño [2]— un significado político y otro de naturaleza jurídica.

En el plano político, se operó una verdadera revolución al quebrarse, primero, la tendencia creciente de absorción de la economía privada por el Estado que se concretó definitivamente con el abandono de la concepción del Estado de Bienestar y que fue reemplazado por un nuevo modelo de Estado basado en la gestión privada de todas aquellas actividades que son susceptibles de ser llevadas a cabo por empresarios particulares.

Ese proceso de cambio desplazó, entonces, no solamente la gestión estatal en típicas empresas de carácter comercial o industrial sino también, en los servicios públicos y actividades de interés público, los cuales pasaron en bloque a la órbita privada, con fundamento en el principio de subsidiariedad.

Consecuentemente, el papel del Estado en este nuevo modelo no es ya el de productor de bienes ni el de gestor de servicios públicos. Su principal función, en este ámbito de la economía, pasó a concentrarse tanto en la regulación del control de los servicios y actividades de interés público (en lo que respecta a la calidad y eficiencia de las respectivas prestaciones) como a la promoción de la competencia que se opera, también, mediante regulaciones estatales.

Hay que advertir, asimismo, que la aplicación del principio de subsidiariedad al plano de la realidad económica, ha generado numerosas zonas o actividades que, en principio y salvo los poderes ordinarios de policía, se encuentran exentas de un control estatal organizado y sus consecuentes regulaciones (liberalización o desregulación de actividades).

2 Cfr.: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, págs. 439-442, Granada, 1999.

De ese modo, el control y la regulación para la competencia junto a la liberalización y la desregulación, representan algo así como dos caras de una misma moneda perteneciente al patrimonio ideológico del Estado Subsidiario (como lo venimos denominando desde hace algún tiempo [3]) debiendo advertirse que el motor que impulsó la configuración del nuevo modelo se ha inspirado tanto en decisiones políticas nacionales (ej.: en los países de América latina) como supranacionales (ej.: en la Unión Europea) [4].

De otra parte, en determinadas ocasiones, desde el poder político que conduce la vida del Estado, se ha tratado de justificar las privatizaciones con argumentos de tipo pragmático, concibiendo la operación privatizadora como un instrumento técnico atado a la finalidad de obtener recursos para financiar los déficits públicos o, en el mejor de los supuestos, para alcanzar un grado mayor de eficiencia en la producción de bienes o en la prestación de servicios. Con todo y tal como se ha puntualizado [5] ambas motivaciones (la ideológica y la práctica) aparecen muchas veces entremezcladas.

Por otro lado, existe una significación jurídica que reposa en la técnica de transferencia de amplios segmentos del sector público de la economía al ámbito privado, que básicamente comprendió:

(i) la venta de activos y la transferencia del capital social mayoritario al capital privado;

(ii) la asignación de la gestión del servicio o actividad a un operador privado.

En este último sentido, la experiencia argentina permite visualizar dos modalidades diferenciadas.

La primera, de mayor trascendencia política, implica el mantenimiento del carácter público de la actividad, la cual resulta sometida al régimen del servicio público (*"publicatio"*) a través de una declaración legislativa.

La segunda, consiste en la supresión del carácter de servicio público de la actividad y constituye, en rigor, una *despublificación* que pasa a regularse por las reglas más generales del poder de policía que se ejerce sobre empresas que, en principio, se rigen por el Dere-

3 CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 62 y sigs., 6ª ed., Buenos Aires, 1998.

4 *Vid.* CASSESE, Sabino, "Las transformaciones del servicio público en Italia", en *Actualidad*, nro. 4, Buenos Aires, 1996, pág. 5.

5 ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *op. cit.*, pág. 439.

cho Privado. Es lo que ha ocurrido, entre nosotros, con la producción de gas y generación de electricidad [6].

Sin embargo, corresponde advertir que ambas modalidades son compatibles con la imposición de cargas u obligaciones de Derecho Público, lo que acontece con mayor intensidad en el campo en que se desenvuelven las concesionarias o licenciatarias de servicios públicos (vgr.: las cargas propias del llamado servicio universal).

2. LOS DIFERENTES PERÍODOS DEL RÉGIMEN DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÓBLICOS

A grandes rasgos, la situación de los servicios públicos en la Argentina puede dividirse en tres grandes etapas que, no es casual, guardaron una estrecha relación con los niveles de crecimiento de su economía y la ubicación de nuestro país en los respectivos *ranking* del comercio mundial.

(a) Primera etapa

Abarca desde fines del siglo XIX hasta la década del 40. La nota común que caracteriza a esta etapa radica en el hecho de que la casi totalidad de los servicios públicos eran prestados por empresas privadas de capital extranjero a través de las clásicas concesiones regidas por el Derecho Administrativo. Así ocurrió con los servicios de gas, teléfonos, electricidad, ferrocarriles y subterráneos.

Hubo, empero, dos importantes excepciones en el caso de los servicios de agua y de correos al propio tiempo que el Estado poseía un ferrocarril de fomento que prestaba un excelente servicio y no generaba pérdidas, sin competir con los ferrocarriles privados (que al final terminaron todos siendo adquiridos por compañías inglesas).

Y si bien hubo otros factores que contribuyeron al crecimiento económico de la Argentina en este período, en el que nuestro país alcanzó a ocupar el 5° lugar en el comercio internacional, los servicios públicos fueron una pieza básica del desarrollo alcanzado.

(b) Segunda etapa

El comienzo de este período puede situarse hacia mediados de la década del 40 y se caracteriza por la nacionalización, salvo alguna excepción, de todos los servicios públicos cuya titularidad y gestión asumió el Estado.

6 Leyes 24.065 y 24.076.

En algunos ejemplos puntuales, la operación nacionalizadora resultó inconveniente para las finanzas del país (tal fue el caso de la nacionalización de los ferrocarriles que explotaban capitales británicos, cuya concesión vencía al año siguiente).

La ideología estatista, entonces también de moda en Europa, fue la principal causa que impulsó la nacionalización de los servicios públicos. La nacionalización no se fundamentó, entonces, en razones pragmáticas. El *slogan* que se utilizó fue que, por fin, los ferrocarriles y demás servicios públicos pasaban al patrimonio nacional. Por fin, eran nuestros.

Las mayorías políticas y aun sectores de la oposición no vislumbraron el monumental déficit que, en poco tiempo, año tras año, iba a generar la explotación ferroviaria bajo la gestión de administradores estatales.

Así, y de un modo generalizado, la mayor parte de las empresas nacionalizadas empezaron a perder calidad, eficiencia y hasta el sentido de la misión de servicio que debían cumplir, sin que la Administración Central se preocupara por controlar debidamente las prestaciones que pasaron a regularse, en los hechos, por los propios agentes de las empresas públicas.

(c) Tercera etapa

Hacia el final de los años 80 la explotación de los servicios públicos por parte de empresas estatales condujo a una situación de emergencia económica, agravada por una significativa falta de inversión en los diversos sectores y una grave anquilosis empresarial que se traducía en gestiones de baja calidad e ineficientes, que iban acumulando abultados déficits crónicos.

Si bien durante el gobierno del Presidente Alfonsín aparecieron distintas iniciativas tendientes a paliar esa situación, fue recién en el año 1989, cuando, tras la sanción de la Ley de Reforma del Estado 23.696, se forjaron las bases legales que permitieron ejecutar una vasta operación privatizadora, al declararse sujetas a privatización las principales empresas de servicios públicos y actividades comerciales o industriales que explotaba el Estado y al dictarse normas que establecieron los procedimientos de transferencia de la propiedad y de la gestión al sector privado, delegándose, en el Poder Ejecutivo, la potestad de derogar privilegios, cláusulas monopólicas y condiciones discriminatorias, y, al propio tiempo, la potestad de desregular actividades.

3. PRINCIPALES CRITERIOS SEGUIDOS EN LA OPERACIÓN PRIVATIZADORA ARGENTINA

Aun a riesgo de no precisar un catálogo completo sobre las notas principales que caracterizaron a la vasta operación privatizadora llevada a cabo en nuestro país, dicha operación revela la configuración de una serie de rasgos —algunos establecidos *a priori* y otros sobre la propia marcha del proceso—, que se proyectan al plano tanto político y económico como jurídico, susceptibles de describirse —en forma sintética— como sigue:

(i) la amplia publicidad y difusión de las distintas convocatorias efectuadas para conseguir la mayor cantidad posible de oferentes en los diferentes procesos licitatarios;

(ii) la celeridad de la decisión legislativa inicial que declaró a una gran parte de las empresas estatales sujetas a privatización junto a mecanismos de delegación idóneos que hicieron posible que el Poder Ejecutivo Nacional pudiera concretar, en poco tiempo, las medidas iniciales previas, indispensables para sentar las bases de cada privatización. Frente a la concepción gradualista que algunos propugnaban se optó por un tratamiento de *shock*, a causa de la crítica situación por la que atravesaban las finanzas públicas;

(iii) el plan fue generalizado, incluyendo a las principales empresas del sector público, sin prevalecer el objetivo recaudatorio. De modo concomitante, la propia Ley de Reforma del Estado [7] habilitó al Poder Ejecutivo Nacional para desregular actividades económicas;

(iv) en casi todos los casos se realizaron estudios previos que contaron con el asesoramiento de entidades financieras internacionales de primera línea, con participación del Banco Mundial;

(v) no hubo privatización que no incluyera la transferencia del control de la empresa al capital privado reservándose el Estado, en algunos supuestos, una porción minoritaria de capital que, como característica generalizada, no superó el 30%, debiéndose tener en cuenta además la porción de capital que se destinó al programa de participación participada [8];

(vi) el proceso de información y de consultas formales e informales por parte de los interesados, en torno a la elaboración de

7 Ley 23.696, art. 10.

8 Establecido en los arts. 21 y sigs. (cap. III) de la ley 23.696.

los pliegos de las respectivas licitaciones públicas. En tal sentido, se generalizaron sistemas de doble sobre que concluían con la adjudicación de la mejor oferta económica, exigiéndose, cuando lo justificaba la envergadura del servicio y la magnitud de las inversiones, la presencia de un operador internacional de primer nivel. La mayor parte de las operaciones de privatización, particularmente aquellas efectuadas en el área energética, se caracterizaron por una gran transparencia que las distintas misiones oficiales enviadas al exterior se encargaron de destacar;

(vii) la segmentación de los mercados e introducción de competencia en aquellas actividades en que ello era posible, a través de la creación de mercados disputables. En este aspecto, las leyes excluyeron del régimen del servicio público a una serie de actividades competitivas (Ej.: generación de electricidad y producción de gas).

4. EL SERVICIO PÚBLICO COMO TÉCNICA QUE REQUIERE UNA CONSTANTE ADAPTACIÓN A LOS SISTEMAS Y REALIDADES IMPERANTES: LA REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA

La historia del servicio público tanto en los países del continente europeo, especialmente Francia, como en Hispano-América (el caso argentino ha sido, por lejos, el más típico) demuestra que si bien la institución ha subsistido, sobreviniendo a las distintas crisis que la acecharon, la técnica que, en definitiva, configura su régimen jurídico, ha ido adaptándose a los sistemas y realidades prevalecientes en cada época histórica.

Es que el servicio público, como todas las instituciones del Derecho Administrativo, no pasa de ser una de las tantas categorías históricas a que el Estado acude para satisfacer las necesidades primordiales de la población.

Precisamente, el error en que cayó la escuela de Burdeos, advertido en su momento por Hauriou, fue el de suponer que el servicio público podía ser capaz de absorber toda la actividad del Estado y aun de los particulares, diluyendo las energías y capacidades que surgen de la propia sociedad, mediante una teoría autoritaria que transformó al Estado en una gran cooperativa de servicios públicos.

Con algunas excepciones la teoría desembocó en el abandono de la gestión privada de los servicios públicos de carácter económico y en el consecuente estatismo que siguió uno de los períodos de mayor

decadencia de la institución (aquí nos referimos al caso argentino) en lo que concierne a la calidad y eficacia de las prestaciones. A raíz de ello, el prestatario —que pese a las formas encubiertas utilizadas era, finalmente, el propio Estado— se convirtió en el regulador de hecho o de derecho del servicio, relegándose de este modo el interés de los usuarios.

En ese proceso de estatización de la gestión de los servicios públicos desapareció la característica más trascendente del modelo anterior que colocaba a la Administración Pública como ente interpuesto entre los concesionarios y los usuarios del servicio.

Actualmente, al haberse privatizado la casi totalidad de los servicios que antes prestaba el Estado a través de empresas públicas, se plantea un nuevo problema de adaptación ya que el régimen jurídico que condujo al estatismo resulta incapaz de modelar una realidad mucho más rica y fragmentaria que pone el acento en la calidad y eficiencia de las prestaciones, en el libre acceso a las redes (cuando es posible) y en la competencia comparativa. Si se repara en el hecho de que el objetivo de obtener la eficiencia de las prestaciones resulta compatible con la apertura de cada sector privatizado a una mayor competencia, con la salvedad del servicio universal, la clave de la adaptación consiste en articular una serie de técnicas de equilibrio que establezcan reglas comparativamente razonables que rijan la actividad de las empresas que cuentan con privilegios de exclusividad zonal, introduciendo la competencia en cuanto sea posible en beneficio de los usuarios.

Así, desde la competencia imperfecta regulada en función de parámetros o modelos que rigen la gestión de empresas similares en la economía local, regional o internacional hasta la segmentación de los mercados (donde la competencia surge en un ámbito creado por el propio Estado) así como el libre acceso a las redes de transporte y la apertura a las redes de distribución de grandes servicios públicos, como son el gas y la electricidad, muchas son las técnicas utilizadas que combinan la desregulación con el poder regulatorio que pasa, fundamentalmente a cumplir la función básica de promover la competencia.

El principio de la defensa de la competencia, que va de la mano con el de subsidiariedad, ha adquirido en la Argentina *status* constitucional —al declararse interdicta cualquier forma de distorsionar los mercados— (art. 42, Const. Nac.) e implica, como regla general, que prevalece la gestión privada de los servicios, justificándose la gestión estatal sólo en supuestos de ausencia de toda posibilidad de que los particulares operen empresas de servicios públicos.

A su vez, el par de principios de competencia y subsidiariedad viene a introducir un límite general al ejercicio del poder regulatorio en el sentido de que no puede utilizarse para cercenar las libertades del mercado sino de un modo ciertamente relativo, esto es, en el marco de las técnicas de equilibrio que tienden a garantizar la eficiencia (que incluye una razonable rentabilidad) de las prestaciones y la competencia, cuando se dan las condiciones para la afluencia de varios prestadores.

Con la apariencia de una paradoja puede advertirse que regulación y competencia se articulan de tal modo que el sentido que justifica la primera se encuentra en la segunda y viceversa, habida cuenta de que para defender la libre competencia en los distintos mercados —incluso cuando se trate de una competencia imperfecta o promovida por el Estado al dividir en segmentos un mercado que antes era monopólico— se acude a la técnica regulatoria, cuya intensidad disminuye cuanto más fuerte y abierta sea la competencia. En este aspecto, la regulación aparece siempre como una consecuencia del principio de subsidiariedad o de gestión privada con lo que resulta fácil entender cómo el Estado de nuestros días pasa de la desregulación a la regulación. Lo que desaparece es la regulación estatista que cercena y limita las actividades competitivas de los agentes del mercado y no la regulación para la competencia [9].

5. EL SERVICIO PÚBLICO COMO CATEGORÍA CONSTITUCIONAL

La reforma de la Constitución Nacional hecha en 1994 introdujo, en el art. 42, la categoría del servicio público prescribiendo una serie de principios que la nutren de una tipicidad especial, sin llegar empero a definir el concepto jurídico de servicio público, cuyo perfil seguirá siendo obra de la doctrina y, sobretodo, de la jurisprudencia.

De ella se desprende la configuración de un cuadro normativo básico de principios que requieren ser completados con los marcos regulatorios que, por imperio de la referida cláusula de la Constitución Nacional, debe dictar el Congreso de la Nación.

Dicho cuadro normativo básico está constituido por los siguientes principios o directivas constitucionales:

(a) reconocimiento de los derechos de los usuarios, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos,

9 ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *op. cit.*, pág. 553 y sigs.

a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno (art. 42, 1ª parte, Const. Nac.);

(b) la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y el control de los monopolios naturales y legales (art. 42, 2ª parte, Const. Nac.);

(c) la calidad y eficiencia de los servicios (art. 42, 2ª parte, Const. Nac.). Este principio ha permitido desarrollar en algunos marcos regulatorios el criterio de rentabilidad razonable, medida en función de parámetros internacionales, y ésta es comparable a las obtenidas en actividades similares (vgr.: art. 41, ley 24.065 y art. 39, ley 24.076);

(d) la participación de los consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control (art. 42, 3ª parte, Const. Nac.) [10].

Finalmente, hay que advertir que en la citada cláusula constitucional subyace el modelo de gestión privada de los servicios públicos y que por aplicación del principio de subsidiariedad la intervención estatal en el plano de la gestión se limita a los supuestos de falta o insuficiencia de las actividades privadas. En esa línea, el art. 42, 2ª parte, de la Const. Nac. consagra, a cargo de las autoridades, el deber de proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y al control de los monopolios naturales y legales, normas que, obviamente, tienen como destinatarias a las empresas privadas prestadoras de las respectivas actividades que pueden configurar, o no, servicios públicos.

La misma inteligencia cabe atribuir al precepto constitucional (art. 42, 3ª parte, Const. Nac.) que pone en cabeza de la ley el dictado de los marcos regulatorios de los servicios públicos puesto que toda regulación, por principio, se proyecta al plano externo de la persona jurídica Estado, recayendo sus efectos sobre la gestión de las concesionarias o licenciatarias (en principio, personas jurídicas privadas) y los usuarios o clientes.

6. Evolución de la concepción tradicional

La concepción tradicional del servicio público ha debido evolucionar a fin de adaptarla a la cambiante realidad económica y social

[10] Nos remitimos a lo expuesto en "La participación pública en el control de los servicios públicos", RAP, nro. 250, año XXI, Buenos Aires, julio 1999, pág. 9; con una óptica diferente véase el lúcido análisis de GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. VI-21, 3ª ed., Buenos Aires, 2000.

y al nuevo papel que se le asigna al Estado como promotor y árbitro de la competencia.

Dicha evolución ha operado principalmente en tres sentidos. En primer lugar, en cuanto al ámbito o extensión de la propia categoría que ahora se restringe a las actividades llevadas a cabo mediante prestaciones de naturaleza económica que satisfacen necesidades primordiales o esenciales de los ciudadanos previamente configuradas como tales en la ley. De la exigencia de una previa declaración legislativa para configurar el servicio público se desprende la no admisión del servicio público implícito o virtual, tal como se postulaba en la denominada teoría tradicional.

En consecuencia, el criterio material ha desplazado al criterio subjetivo y la categorización del servicio se produce por obra exclusiva del legislador (así ha ocurrido en la Argentina en los marcos regulatorios del gas y de la electricidad, entre otros).

Por otra parte, y tal como se ha visto precedentemente, la gestión privada es el principio que domina la categoría del servicio público, no habiendo reserva alguna a favor del Estado, como ocurrió en algunos ordenamientos comparados. En este aspecto hay que anotar, asimismo, que si bien se produce una neta separación entre titularidad y gestión, el Estado no actúa como dueño del servicio (aunque pueda serlo de determinados activos afectados al servicio) sino en el doble papel de concedente y regulador, es decir, en cuanto a su otorgamiento, la determinación de las reglas aplicables a los concesionarios y su control.

De esa manera, la concepción actual pone el acento en la función reguladora del Estado y en el control de la actividad de las empresas privadas que gestionan el servicio, control que se asigna a entes independientes, los que sin embargo antes que crear nuevas reglas (salvo que la ley le delegue atribuciones dentro de los límites fijados por el art. 76 de la Const. Nac.) tienen por principal misión la de aplicar la regulación que hace el Estado al conceder el servicio y aun *a posteriori*, dentro del marco contractual preestablecido.

Como se verá seguidamente, esas transformaciones terminan incidiendo en el régimen jurídico del servicio público en el que se afirma la obligatoriedad como uno de los rasgos peculiares, que tipifica al servicio público [11].

11 *Vid.* MAIRAL, Héctor A., "La ideología del servicio público", en REDA, Buenos Aires, 1993, pág. 429 y sigs.; y nuestro *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 438, 6ª ed.

7. LOS MODOS DE GESTIÓN Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO PÚBLICO

A) Concesión y licencia

El modo más típico de gestión para la prestación de los servicios públicos continúa siendo la figura de la concesión, de naturaleza contractual, por la que se otorga a una empresa privada el derecho de explotar (comercializar y distribuir) un determinado servicio público, con o sin exclusividad. La concesión de servicios públicos (utilizada para el servicio de comercialización y distribución de energía eléctrica y para la distribución de agua) va siempre acompañada de un régimen jurídico administrativo especial, por el que se le atribuyen diversos poderes al concesionario en el marco de la prestación a su cargo.

A su vez, la figura de la licencia consiste en un acto unilateral del Estado que genera relaciones bilaterales con el licenciatario, relaciones que no son preexistentes como en la autorización sino creadas *ex novo*.

Sin embargo, cuando la licencia reviste naturaleza contractual y su objeto es la explotación de un servicio público, ella es, en el fondo, una concesión con las modalidades peculiares que le imprima cada marco regulatorio [12].

Las consecuencias que se desprenden de dicha categorización no implican la configuración de un régimen jurídico unitario para aquellos contratos en que la legislación optó por encuadrar la relación concesional bajo la figura de la licencia [13] sino un entramado de principios y técnicas que, en cada régimen sectorial puede presentar una regulación diferente y específica.

Más aun, el proceso de globalización de la economía mundial muestra la existencia de problemas similares entre diferentes sistemas jurídicos, como son el argentino y el británico [14], cuyas interpretaciones resultan susceptibles de ser aplicadas, respetando siempre las peculiaridades de nuestro sistema y la finalidad del modelo adoptado por la legislación vernácula.

12 Véase MARIENHOFF, Miguel S., "Los privilegios en el derecho público", ED, 162-1200.

13 Cfr. TAWIL, Guido S., "A propósito del proyecto de ley de concesiones, licencias y permisos de servicios públicos", en RAP, nro. 252, Buenos Aires, septiembre de 1999, pág. 21 y sigs.; en contra, SALOMONI, Jorge L., "Régimen de los bienes públicos en las concesiones o licencias de servicios públicos (el caso de la explotación en la distribución del gas natural)", en *Derecho Administrativo Hoy*, Buenos Aires, 1996, pág. 305 y sigs.

14 BUDASSI, Iván F., "Licencias y concesiones: un estudio comparativo entre los sistemas del Reino Unido y la Argentina", en REDA, nro. 24/26, Buenos Aires, 1998, pág. 227 y sigs.

En resumidas cuentas la primera regla conduce a la aplicación de las prescripciones específicas de los marcos regulatorios y de los contratos de licencia. A su vez, ante una carencia normativa, otra regla de hermenéutica indica la necesidad de acudir a la analogía integrando el vacío mediante un proceso de adaptación del principio o norma que se considera que contiene una *"ratio juris"* similar a las reglas y cláusulas contractuales que rigen en cada licencia en particular.

Con esa peculiaridad, los principios jurídicos de la concesión de servicios públicos y las soluciones que brinda el derecho comparado pueden aplicarse para cubrir las lagunas normativas que presentan los regímenes sectoriales que han optado por encuadrar la relación jurídica de prestación bajo la figura de la licencia, de naturaleza contractual [15].

B) Sobre el régimen administrativo aplicable a las concesiones de servicios públicos

En la concesión de servicios públicos, matizada primero y más tarde absorbida por el Derecho Administrativo del siglo XX, las principales notas que caracterizaban la determinación de una actividad como servicio público y el régimen jurídico aplicable eran:

1) el titular del servicio público era el Estado siendo dicha titularidad inalienable;

2) esa titularidad devenía implícita de su naturaleza, o bien, de la ley;

3) la figura mediante la cual la Administración delegaba la gestión del servicio al empresario privado era la concesión de servicios públicos;

4) los bienes que el Estado le hubiera vendido o facilitado y los que adquiriera el concesionario *a posteriori* revertían al patrimonio estatal al finalizar la concesión;

5) toda concesión de servicios públicos debía ser temporal;

15 ROCA JUNYENT, Miguel, "Neoregulación, servicio público y el papel del Estado en el mundo globalizado", en un trabajo presentado al 44° Congreso de la Union Internationale des Avocats (celebrado en Buenos Aires entre el 29 de octubre y el 2 de noviembre de 2000) ha señalado, con acierto, que "la fuerte regulación a la que están sometidos los mercados analizados [se refiere fundamentalmente a las telecomunicaciones, electricidad y energía] y las obligaciones impuestas a algunas de las empresas que en ellos operan, justificadas por razones de interés general, acercan su situación a las de las empresas concesionarias de servicios públicos" planteando la posibilidad de aplicar a esas actividades los principios propios del contrato de concesión de servicios públicos (*op. cit.*, pág. 14).

6) la transferencia de los bienes del concesionario al Estado podía llevarse a cabo por razones de interés público en cualquier tiempo (rescate);

7) la Administración conservaba el poder de modificación unilateral e implícito del contrato de concesión (*ius variandi*) sin perjuicio del derecho del concesionario a ser indemnizado;

8) las potestades inherentes al rescate y a la modificación unilateral se consideraban irrenunciables;

9) la igualdad tarifaria configuraba uno de los pilares esenciales del servicio público.

Ahora bien, ese bagaje de principios, que provenía del antiguo Derecho Administrativo, ha sido y está siendo objeto de una profunda revisión y consecuente transformación a fin de adecuar el régimen jurídico del servicio público a las concepciones dominantes en la actualidad, a través de un proceso de adaptación cuyo desarrollo, en algunos campos, aún no ha culminado.

¿Por qué y cómo sobrevive la figura del servicio público? ¿Es compatible con la introducción de la competencia? Resulta evidente que las obligaciones o cargas del servicio público, aun en un régimen de competencia de las prestaciones, no han desaparecido y que la noción de servicio de interés general que introduce el derecho comunitario europeo constituye un supra-concepto comprensivo del servicio público al que no excluye ni niega [16].

Se ha intentado, por algunos, reemplazar el servicio público por la noción de regulación económica (proveniente del derecho anglosajón), lo que nos parece erróneo por varios motivos. El servicio público (en su versión amplia o restringida) es una institución con caracteres típicos y definidos mientras que la regulación constituye una función o actividad englobada en el poder de policía. En cualquier caso, el servicio público es el objeto de la regulación, por lo que esta noción que juega en el plano de la competencia y de los poderes o facultades de los órganos estatales nunca puede confundirse con la institución que regula. En tal sentido, la *publicatio*, en su función actual, no se diferencia de la regulación [17].

No parece caber duda, sin embargo, acerca de la subsistencia de algunos de los caracteres fundamentales del régimen jurídico del

16 Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás R., "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", RAP, nro. 150, Madrid, septiembre-diciembre 1999, pág. 64.

17 CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, t. II, págs. 421-422, 6ª ed., Buenos Aires, 1998. Ésta es también la opinión que, recientemente, ha sostenido Tomás R. Fernández (*op. cit.*, pág. 64).

servicio público tales como la continuidad, regularidad y obligatoriedad, los que, junto a la igualdad, constituían el basamento típico de su régimen administrativo.

Con todo, no se alcanza a configurar un régimen jurídico homogéneo, habida cuenta las diferencias existentes en los distintos marcos regulatorios, ya que si bien se advierten cambios significativos en algunos regímenes (en la concepción que regía el campo de la concesión de servicios públicos), en otros, ello no se ha producido, como lo indican las transformaciones llevadas a cabo mediante técnicas que tienden a fortalecer la estabilidad de las concesiones, como la interdicción del rescate y la revocación por oportunidad, sobre cuya inconveniencia comienza a forjarse consenso, al menos para no aceptar su configuración implícita.

Otra figura que comienza a padecer una declinación histórica es la llamada reversión de los bienes [18] al fin de la concesión (mantenida en algún régimen sectorial como el del agua) que, en vez de garantizar patrimonialmente al Estado, quita todo incentivo para que el concesionario realice inversiones en los últimos años de su gestión, cuando ya no es posible efectuar las amortizaciones.

De otra parte, en algunos regímenes sectoriales, el principio de igualdad tarifaria aparece matizado con el de solidaridad a través de la creación de componentes tarifarios específicos (vgr.: el cargo SUMA en la concesión de Aguas Argentinas) o bien, mediante el establecimiento de una tarifa social (tal como aconteció con los acuerdos marco celebrados con las distribuidoras de electricidad para proveer el servicio a villas de emergencia y barrios carenciados).

Corresponde también señalar que en la evolución que ha experimentado la concesión de servicios públicos no puede dejar de señalarse un aspecto de gran trascendencia para la estabilidad contractual, ya advertido hace unos años por Ariño [19], como es la sustitución del principio del riesgo y ventura (que caracterizaba a las primeras concesiones de servicios públicos), el cual aparece desplazado por el principio del equivalente económico o del equilibrio financiero mediante una ecuación que limita el riesgo del concesionario al derivado de su ineficiente gestión, sin cargarle ni el *alea* administrativa

18 *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 740 y sigs., 9ª ed., Madrid, 1999, para quienes la reversión no es de la esencia de la concesión y al poseer una naturaleza exclusivamente económica que juega en el equilibrio contractual debe ser motivo de pacto expreso.

19 ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *op. cit.*, y *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*, pág. 194 y sigs., Madrid, 1968.

(hechos del príncipe) ni el *alea* económica general que no le sea imputable ni pueda razonablemente entrar dentro de una razonable previsión.

Por último, el análisis de los regímenes sectoriales existentes revela la imposibilidad de englobarlos en un régimen jurídico homogéneo por cuanto existen una serie de características diferenciales que obstan a su configuración unitaria, que pueden someramente, describirse así:

(i) la propiedad de los bienes afectados a la concesión es estatal en el caso de los servicios de distribución del agua y de electricidad mientras que los bienes son de propiedad privada en el servicio de distribución del gas y en el campo de las licencias de telecomunicaciones otorgadas para prestar el servicio básico, con reversión de los bienes al Estado al finalizar los períodos de la concesión y licencia, respectivamente;

(ii) por su parte, la potestad de proceder al rescate de la concesión se halla expresamente contemplada en el servicio de distribución de agua potable, con una indemnización de base contractual, estando en otros supuestos limitada por un plazo de veinte (20) años (aeropuertos) y en otros, vedada (gas y telecomunicaciones) en forma expresa;

(iii) los regímenes tarifarios combinan, mediante formulaciones técnicas de gran diversidad, el sistema de *"price cup"* con el de la tasa de retorno, y aunque en general existe una tendencia a la aplicación del primero, no se excluye la determinación de la rentabilidad a la hora de fijar las tarifas máximas que pueden percibir los distintos concesionarios y licenciatarios, ni tampoco la obligatoriedad de determinadas inversiones a cargo de éstos a fin de mantener la calidad de las prestaciones.

El plano de la realidad demuestra pues la inexistencia de un régimen unitario y los inconvenientes que podrían llegar a generarse si se concretasen los intentos hacia la unificación que algunos vienen propiciando, en la medida en que ella estuviera en colisión con los derechos adquiridos y la peculiar naturaleza o realidad que exhibe cada clase de servicio público o actividad del interés público.

8. *QUID* DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

La regulación económica constituye una de las funciones esenciales del Estado Subsidiario que se configura básicamente —en su dimensión normativa— como una típica emanación del denominado

poder de policía. Mediante ella se comprime el ámbito de la libertad económica a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas, con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos (y demás actividades privadas de interés público que capta el Derecho Administrativo) con los intereses de la comunidad (entre los que se ubica la protección de los usuarios).

La actividad regulatoria de la economía es, sustancialmente, actividad legislativa o reglamentaria, encontrándose sometida a todos los principios, normas y garantías constitucionales (en este ámbito resulta trascendente la garantía de razonabilidad) [20]. Como la dinámica regulatoria se traduce en fuentes de naturaleza reglamentaria, a través de la técnica de la delegación o atribución de funciones a los entes reguladores, hay un cúmulo de principios generales aplicables en este ámbito que operan como límites sustanciales al ejercicio de la respectiva potestad (v.gr. reglas que rigen la competencia y la procedencia de la delegación; el principio de inderogabilidad singular del reglamento, etc.). Y, a su vez, al descenderse al plano de la aplicación de las normas legales o reglamentarias, la actividad administrativa concreta creadora de situaciones jurídicas subjetivas (mediante la técnica del acto administrativo) tiene que respetar las reglas del procedimiento administrativo y los requisitos establecidos para la validez de los respectivos actos. De ese modo y sin perjuicio de la importancia valorativa de otros fines, también esenciales de la actividad regulatoria (v.gr. tutela de los usuarios), no hay que perder de vista la función garantística que en todo Estado de Derecho cumplen tanto el procedimiento como la institución del acto administrativo, para hacer posible que la actividad prestacional se desenvuelva con arreglo al principio de legalidad.

La necesidad de la regulación aparece como un correlato del servicio público con el objeto de armonizar los poderes de los prestatarios con el interés de los clientes o usuarios y, más todavía, con el interés más genérico de la comunidad, interés público en suma. Desde luego que el grado e intensidad de la regulación no son ilimitados ni absolutos, siendo mayor en aquellos supuestos donde existen situaciones de monopolio o exclusividad, aunque no todo servicio público posee *per se* estas características. En menor grado, también están alcanzadas hoy día por las regulaciones administrativas las llamadas actividades de interés público.

20 LINARES, Juan F., *Irrazonabilidad de las Leyes*, pág. 107 y sigs., 2ª ed., Buenos Aires, 1970.

En la actualidad se viene sosteniendo que la regulación económica tiene un nuevo sentido, como consecuencia de asignarle, entre otras, la función de estimular y proteger la libre competencia [21] en beneficio de los consumidores, lo que implica adoptar, en forma previa o concomitante, una política de segmentación de los diversos mercados junto a la desregulación de las actividades comerciales o industriales con el objeto de afirmar las libertades básicas del mercado. De lo contrario, el ámbito donde se encuentran oferta y demanda recibiría señales falsas o artificiales alterándose el sistema natural de formación de los precios y las condiciones de las transacciones que inciden sobre ellos. Se sabe, por la experiencia de los sistemas interventores, que el costo de los mecanismos estatales que inciden artificialmente sobre el mercado termina siendo pagado por la propia comunidad, sobre cuyos miembros recaen los efectos nocivos de una economía ineficiente e inflacionaria.

Ahora bien, el sentido actual que asume la regulación económica —desarrollada con una intensidad mayor en el campo de los servicios públicos— no implica que el Estado abdique de las otras finalidades básicas establecidas en los diferentes marcos regulatorios. Esas finalidades se centran en los aspectos siguientes: *(i)* asegurar la estabilidad de los suministros; *(ii)* alcanzar grados óptimos de eficiencia y calidad en los servicios y *(iii)* proteger las libertades de los usuarios (un ejemplo de ello es la regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales).

El objeto de la regulación económica se circunscribe a las actividades vinculadas a la satisfacción de necesidades cuyo régimen de prestación aparece regulado por el Derecho Público. En unos casos, las necesidades son de primer orden, es decir primordiales (servicios públicos), mientras que en otras son meramente generales (actividades de interés público). Aquí nos referiremos principalmente, a aquellos servicios indispensables que se satisfacen a través de prestaciones de naturaleza económica [22] en mérito a los caracteres comunes

21 Cfr. CASSAGNE, Juan C., "Marcos regulatorios y regulación económica", en RAP, nro. 183, págs. 22-23, Buenos Aires, 1993. Sobre la función de los entes reguladores; véase: el interesante trabajo de BARBARA, Jorge E., "El Estado post privatizador. Los entes reguladores", en LL, t. 1994-B, pág. 1184, presentado al 1er. Congreso Nacional de Ciencia Política realizado en Huerta Grande (Córdoba) en 1993. *Vid* también: DROMI, José R., *Reforma del Estado y Privatizaciones*, t. I, pág. 23 y sigs., Buenos Aires, 1991, destaca la relación de la libertad económica con otras instituciones como la desregulación y la competencia, aunque no estamos de acuerdo con su afirmación en el sentido de que nuestro régimen es de economía mixta.

22 CASSAGNE, Juan C., "En torno a la noción de servicio público", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1988-II. La mayor parte de la doctrina ha repetido y viene repitiendo

que presentan los respectivos regímenes jurídico-administrativos y al hecho que la titularidad y, en definitiva, la responsabilidad de su control recae sobre el Estado [23].

En la Argentina, han sido declarados servicios públicos el transporte y la distribución de gas [24] y de electricidad [25], el transporte ferroviario, la provisión de agua potable y la operación del sistema de desagües cloacales [26] mientras que no asumen ese carácter las actividades de generación de electricidad y de gas [27], las que configuran meras actividades de interés público. En cuanto al servicio telefónico cuadra apuntar que a la declaración legislativa de la ley 19.798 —que lo considera servicio público— se añade la circunstancia de que el Pliego que sirvió de base para la licitación (punto 10.1.2.) y el contrato de transferencia hacen referencia al servicio público que deben prestar los licenciatarios [28], aparte de que su régimen jurídico, contiene, en aspectos sustanciales, principios propios del régimen jurídico que rige los servicios públicos (v.gr. en materia de obligatoriedad e igualdad tarifaria) al menos mientras subsista la exclusividad de las licencias [29].

9. SOBRE LA NECESIDAD DE SEPARAR LA FUNCIÓN REGULADORA BÁSICA DEL CONTROL

La idea anglosajona de regulación traduce como función esencial la de atribuir a una autoridad independiente el poder de dictar

---

que el origen de la concepción se encuentra en Duguit y su escuela. De esta idea, hasta se ha llegado a extraer la tesis de que el servicio público surgió en la doctrina, como forma de continuar el conflicto entre Alemania y Francia (cfr. MAIRAL, Héctor A., "La ideología del servicio público", en *Revista de Derecho Administrativo,* Depalma, Buenos Aires, año 5, nro. 14 –septiembre-diciembre 1993–) a fin de que este país pudiera alcanzar el predominio en el campo cultural y jurídico que no pudo lograr en el plano bélico en 1870. Sin embargo, se trata de un error que la propia doctrina francesa ha develado al atribuir el origen de la concepción a Hauriou (Cfr. LAUBADÈRE, André de, en un trabajo publicado en el libro: *La Pensée du Doyen Maurice Hauriou et son Influence*, pág. 209 y sigs., Paris, 1969; puede verse también en el mismo sentido: RIVERO, Jean, "Hauriou et l'avénement de la notion du service public", en *Etudes en Honneur d'A. Mestre*, pág. 462 y sigs., Paris, 1956.) quien, precisamente, no estaba de acuerdo con diluir el poder público en el servicio público —como hizo más tarde la escuela de Burdeos—.

23 Véase: PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social y Administración Pública*, pág. 121, Civitas, Madrid, 1983, donde destaca la visión anticipada de Hauriou sobre el punto.

24 Ley 24.076, art. 1°.

25 Ley 24.065, art. 1°.

26 Art. 1° del Marco Regulatorio aprobado por dec. 999/92.

27 Ley 25.064, art. 1°; ley 24.076, art. 1°.

28 Véase: ZUBIAUR, Carlos A., "La concesión de servicios públicos", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, t. 1991-III, pág. 99.

29 Art. 24, inc. c) del dec. 1185/90.

las normas generales y actos individuales de aplicación cuyos efectos recaen en general sobre empresas, que prestan servicios que satisfacen necesidades primordiales de la población.

Salvo para la designación inicial del Presidente de cada ente regulador la autoridad regulatoria actúa con independencia total del Poder Ejecutivo y como árbitro neutral de los intereses contrapuestos de prestadora y clientes.

Es fácil advertir que, el sentido práctico de los anglosajones, los ha llevado a concebir un sistema similar al que rige en los encuentros deportivos, cuyas reglas, en estos casos, no las fijan los árbitros, los que sólo tienen el poder de aplicarlas e interpretarlas.

Pero, como se verá seguidamente, no siempre resulta fácil trasladar esta concepción a otros países, con sistemas constitucionales y tradiciones diferentes.

En la Argentina, se han creado numerosos entes reguladores de servicios públicos que, aun cuando se proclama que actúan con independencia de los poderes de turno, se encuentran en la órbita del Ejecutivo.

Esto es así porque, conforme a nuestro sistema constitucional, el Poder Ejecutivo conserva la jefatura de la Administración (arts. 99 y 100, Const. Nac.) como máximo responsable político en la organización administrativa del país y el Congreso no podría, en tal sentido, cercenarle sus atribuciones constitucionales ya sea recortando sus facultades reglamentarias y de control de tutela, o bien, creando entidades administrativas que dependen del Parlamento.

En tal sentido, nuestro sistema constitucional difiere del que rige en los Estados Unidos donde las agencias actúan en la órbita del Congreso y éste les delega un amplio poder regulatorio.

De todos modos, si las buenas ideas germinan siempre en otros sistemas y como nadie duda de la conveniencia de que el ente encargado de aplicar y controlar la regulación sea —al menos— independiente del Ejecutivo, se trata de ver en qué medida ello puede ser aplicable en nuestro modelo constitucional, particularmente con la jefatura de la Administración que le corresponde a dicho órgano (arts. 99, inc. 1° y 100, inc. 1°, Const. Nac.).

Por de pronto, con abstracción del mecanismo de designación, es obvio que la elección de los directivos del ente de control debe recaer en personas independientes que posean una idoneidad especial para el cargo. En segundo lugar, estas personas precisan actuar con independencia funcional (que es un concepto diferente al político y jurídico) sin que el Ejecutivo o sus Ministros y demás funcionarios tengan

la posibilidad de interferir en su accionar, ya sea ejerciendo el poder de vigilancia o bien impartiendo órdenes o instrucciones.

En definitiva, en nuestra organización constitucional, se trata de entes autárquicos que se autoadministran en el marco de un sistema en que el Ejecutivo conserva sólo un control de tutela por causales inherentes a la legalidad (excluyendo la oportunidad) conforme a la extensión que le atribuya la ley.

Ahora bien, en cada sistema regulatorio resulta imprescindible dilucidar en cabeza de quién se encuentra la regulación así como analizar la posibilidad de separar la función regulatoria de la de control. Una serie de razones impiden, en nuestro sistema constitucional, que el Parlamento confiera a los entes de control un poder regulatorio autónomo o delegado habida cuenta de que:

(a) la competencia para dictar normas generales le corresponde, en primer término, al Congreso y, en segundo lugar al Ejecutivo, a través de reglamentos de ejecución o delegados, con los límites prescriptos en el art. 76 de la Const. Nac.;

(b) si bien resulta discutible que el Congreso puede delegar en entes de control que actúan en el ámbito del Ejecutivo, soslayando las atribuciones constitucionales de este último, cualquier delegación igualmente estaría acotada por los límites antes señalados, es decir, que preceptivamente debe precisar las bases de la delegación junto a la determinación de un plazo para su ejercicio;

(c) el Ejecutivo, como poder concedente de las licencias y concesiones ha establecido, en todos los casos, reglamentaciones aplicables a cada servicio y, además, ha reglamentado los marcos regulatorios que han precedido las respectivas adjudicaciones en las diferentes operaciones de privatización llevadas a cabo. Si conforme a la Constitución Nacional el Ejecutivo es el órgano encargado de reglamentar las leyes que contienen los llamados marcos regulatorios es evidente que una facultad similar le está vedada otorgar al Congreso a los entes de control no sólo por la anarquía normativa que se produciría sino porque el poder reglamentario la Constitución Nacional lo ha atribuido, en exclusiva, al Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 2º, Const. Nac.).

En consecuencia, se impone la separación de la función regulatoria de aquellas que lleven a cabo los entes de control [30], sin perjui-

30 *Vid.* LAGUNA DE PAZ, José C., "Nuevo marco jurídico de las actividades liberaliza-

cio de las facultades que el ordenamiento les atribuya para reglar aspectos de detalle que no impliquen la creación *ex novo* de obligaciones y derechos. Esta conclusión encuentra también fundamento en la circunstancia de que si los entes de control tienen atribuidas también funciones de naturaleza cuasi-jurisdiccional ellos serían jueces de sus propios asuntos (pues juzgarían sobre las normas que han dictado) contraviniendo de ese modo un trascendente principio general del derecho, proveniente del derecho natural, que se aparta del objetivo constitucional de *"afianzar la justicia"*.

10. LOS MARCOS REGULATORIOS: SU CONTENIDO BÁSICO

El proceso de privatizaciones de las empresas prestatarias de servicios públicos ha sido acompañado del dictado de una serie de normas reguladoras, en el orden nacional, de la respectiva actividad, las que tienen unas veces su fuente en una ley formal y material y, en otras, en reglamentos emitidos por el Poder Ejecutivo. En tal sentido, el art. 42 de la Const. Nac., al prescribir que "la legislación establecerá... los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional" no indica, preceptivamente, la exigencia de ley formal habida cuenta que, cuando la Constitución no lo consigna expresamente, la legislación comprende —en el marco constitucional— tanto a las leyes del Congreso como a los reglamentos del Poder Ejecutivo [31]. El conjunto de las normas aplicables a un determinado sector ha recibido el *nomen juris* de *Marco Regulatorio*, aunque, en rigor, se trata de algo más que de fijar los principios o bases que deben guiar la regulación, pues el contenido de cada marco regulatorio constituye un sistema completo e integrado, dejando sólo los detalles o pormenores para las reglamentaciones que dicten los distintos órganos de aplicación, mediante el ejercicio de las facultades que les han sido delegadas [32].

Para un sector de la doctrina española que ha seguido las pautas del esquema formulado por Giannini [33], la sistematización de la

---

das", punto VI, texto y notas 141 y 142, con cita de las opiniones de Magide Herrero, trabajo presentado por el autor al *Libro Homenaje al Profesor Boquera Oliver* (en prensa).

31 Cfr. BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, t. I, pág. 233, Buenos Aires, 2001.

32 Sobre los problemas que plantea el reconocimiento de la delegación legislativa en la jurisprudencia de la Corte ver: HALPERIN, David A. - CANOSA, Armando N., "Reflexiones sobre temas de derecho administrativo actual a partir de un fallo de la Corte", en ED, t. 156, pág. 963.

33 *Vid.* GIANNINI, Massimo S., *Diritto Pubblico dell'Economia*, Bologna, 1977.

acción administrativa tendiente a regular las actividades económicas privadas aparece circunscripta a las siguientes funciones: *a)* Ordenación de los elementos subjetivos de la empresa; *b)* Ordenación de la actividad empresarial, y *c)* Ordenación de la producción [34].

Sin embargo, como se verá seguidamente, el panorama que exhibe la regulación de los servicios públicos en Argentina es mucho más rico y diverso, como consecuencia, quizás, de haberse privatizado en forma global y sistematizada, la gestión de los principales servicios públicos nacionales.

En ese sentido, sin dejar de reconocer la relatividad que entraña toda sistematización, los marcos regulatorios de los servicios públicos han enfocado la respectiva ordenación sectorial en los siguientes aspectos: *A)* Fijación de los objetivos de política general que no son otros que el conjunto de los fines que persiguen los marcos regulatorios de cada sector; *B)* Ordenación de los requisitos subjetivos inherentes a las empresas que prestan el servicio o actividad (aquí la regulación define quiénes son los sujetos que llevan a cabo las distintas actividades —v.gr. producción, transporte, distribución— hallándose regulados la mayor parte de los requisitos subjetivos, que se exigen a las empresas concesionarias o licenciatarias, en los pliegos de bases y condiciones de las licitaciones o concursos); *C)* Regulaciones genéricas y sectoriales aplicables a la actividad prestacional. Este contenido es algo así como el núcleo central de la regulación y comprende: *(i)* declaración legal sobre la *publicatio* de cada actividad; *(ii)* limitaciones [35] y prohibiciones; *(iii)* procedimientos para acceder a la habilitación (concesión, licencia o mera autorización); *(iv)* normas sobre la calidad técnica de los servicios y/o productos, aun cuando muchas de estas normas figuran en los respectivos contratos que instrumentan la habilitación y, otras, han sido objeto de delegación en los entes regulatorios; *(v)* los principios que rigen el sistema tarifario y los procedimientos establecidos para su ajuste o modificación; *(vi)* disposiciones relativas a la creación, fines y potestades de los entes regulatorios; *(vii)* prescripciones acerca de los procedimientos y control jurisdiccional estableciendo, en algunos casos, reglas especiales como el procedimiento de la audiencia pública [36] y, por último, el régimen sancio-

34 RETORTILLO BAQUER, Sebastián M., *Derecho Administrativo Económico*, t. I, págs. 194-195, Madrid, 1988.

35 V.gr. ley 24.076, art. 33 y sigs.

36 Consagrado en el art. 67 de la ley 24.076. Ampliar en: GORDILLO, Agustín A., "El estado actual del Derecho Administrativo", conferencia pronunciada en ocasión de recibir el nombramiento como Profesor Honorario de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1993.

natorio aplicable en los supuestos de incumplimiento de las cláusulas de la licencia o contrato de concesión, como, asimismo, en casos de violación de las normas regulatorias.

En lo que sigue vamos a precisar aquellos aspectos principales que configuran una suerte de fondo común de los marcos regulatorios. Cabe advertir, de otra parte, que el fenómeno regulatorio de los servicios públicos no se agota con las leyes o decretos que sancionan los marcos normativos puesto que responde a una diversidad de fuentes entre las que figuran, entre otras, los decretos reglamentarios de cada marco, las resoluciones de esa naturaleza provenientes de la Administración concedente y de los entes regulatorios y los pliegos y las cláusulas de las licencias o contratos de concesión, a más de la posibilidad que siempre existe de que la regulación aparezca *a posteriori* del complejo normativo y contractual existente al momento del acto de adjudicación, hecho este que plantea no pocos problemas jurídicos.

11. El sistema tarifario: diversidad de fuentes. Naturaleza del acto o cláusula de determinación de las tarifas

En materia tarifaria los marcos regulatorios fijan, por lo general, los principios aplicables por cuyo medio los concesionarios o licenciatarios pueden retribuir los costos y obtener una utilidad razonable, medida en términos de eficiencia comparativa.

Pero los marcos regulatorios (con origen en una ley o un decreto), no son las únicas fuentes que regulan lo atinente a tarifas. En algunos casos, es la propia ley la que remite a los pliegos de condiciones por los que se licitan las habilitaciones [37] mientras que, en otros, la determinación de las tarifas tiene como base un acto de la Administración concedente, o bien, surge de las cláusulas de la licencia o del contrato de concesión, ya sea en forma integral o como complemento del plexo normativo.

Esta última circunstancia es, precisamente, la que ha vuelto a replantear en nuestro país la cuestión concerniente a la naturaleza de la fuente jurídica que las fija y, consecuentemente, el tema de la potestad tarifaria en cabeza de la Administración [38].

37 Ley 24.076, art. 40.

38 Véase: Grecco, Carlos M., "Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (a propósito de la privatización de ENTel)", en REDA, nro. 5, pág. 481 y sigs.

En España, después de haberse sostenido *ab initio* la concepción de la tarifa paccionada como corolario de la relación contractual que vinculaba al concesionario de servicios públicos con el Estado concedente, ha venido postulándose la tesis que atribuye carácter reglamentario al acto que fija o aprueba las tarifas de los servicios públicos. Esta corriente cobró singular relieve en una clásica obra de Ariño publicada en el año 1976 (en la que es advertible la influencia de Jèze) donde se puntualiza:

"A lo largo del siglo XIX primeros años del XX la cuestión tuvo su molde jurídico regulador en la figura concesional clásica, de la que derivaba una situación contractual presidida por un principio jurídico: el principio de riesgo y ventura, bajo el que la gestión del servicio era asumida, y la intangibilidad de la remuneración en los términos pactados. En el seno de la relación contractual, y ante una Administración no intervencionista y una economía estable, el poder tarifario era como tal inexistente; no era realmente una potestas, *sino un* ius *derivado de la concesión, tanto para el concesionario (que no podía ver sus tarifas alteradas) como para la Administración y el usuario que tenía el derecho a que aquél, no las elevase nunca por encima de los términos pactados"* [39].

Los principales fundamentos en que se basaba entonces Ariño eran dos: por un lado, la quiebra del principio de riesgo y ventura en el contrato de concesión y su reemplazo por el de cobertura suficiente y por el otro, que siendo el poder tarifario una potestad administrativa tal poder es irrenunciable y no puede ser objeto de pacto alguno con el concesionario [40].

Como consecuencia, frente a la cuestión [41] que plantea el ejercicio de la potestad tarifaria por el concesionario, se ha sostenido que éste carece de derecho subjetivo tanto a una determinada tarifa como al ejercicio del poder tarifario, reconociéndole como único derecho el relativo al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato de concesión. Dicha conclusión, en esa época, fue terminante en el sentido de que el acto de determinación tarifaria posee siempre naturaleza normativa [42]. Cabe recordar que a una conclusión similar, acerca del

39 ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Las Tarifas de los Servicios Públicos*, pág. 21, Sevilla, 1976.

40 *Op. cit.*, págs. 66-69.

41 ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *op. cit.*, pág. 119.

42 *Op. cit.*, pág. 124. Sin embargo, en su obra más reciente, no aborda la cuestión que examinamos en el texto (véase: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y Estado*, Buenos Aires, 1993).

carácter de norma del acto de fijación de las tarifas, arribó unos años antes otro prestigioso catedrático español [43].

Ésta fue también la línea doctrinaria y jurisprudencial seguida en Argentina con anterioridad a la ola de nacionalizaciones ocurrida a partir de 1946. En efecto, las más autorizadas opiniones de esa época —siguiendo a Jèze— negaron el carácter contractual de la tarifa sosteniendo que en todos los casos se trataba de normas reglamentarias [44] y una línea similar se marcó por parte de la jurisprudencia [45].

En la doctrina posterior continuó afirmándose la naturaleza reglamentaria de la tarifa como parte integrante de las reglas inherentes a la organización del servicio público [46], sin perjuicio del derecho del concesionario a intervenir en su fijación [47], habiéndose también sostenido esta tesis en trabajos realizados después de iniciado el proceso de privatizaciones [48] y aun luego de la sanción de los marcos regulatorios aplicables a cada sector [49].

12. EL RETORNO DE LA CONCEPCIÓN CONTRACTUAL EN LA FIJACIÓN DE LAS TARIFAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La procedencia de las fórmulas contractuales para la determinación de las tarifas de los servicios públicos depende de los ordena-

43 MEILAN GIL, José L., *La Distinción entre Norma y Acto Administrativo*, pág. 48 y sigs., Madrid, 1967.

44 Cfr. Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, celebrada en la ciudad de Tucumán en el año 1936 (publicada en el t. 61 de JA). En ella participaron juristas de la talla de Bielsa y Villegas Basavilbaso señalándose sobre este tema que: "La tarifa no tiene carácter contractual, es un acto reglamentario de la administración pública sobre el precio del servicio para el usuario. El contenido jurídico de la tarifa no es bilateral; es un reglamento" (JA, pág. 107).

45 Entre otros casos puede consultarse el registrado en *Fallos*, 184:280, *in re* "Andrés Schill c/ Cía. Telef. del Río de la Plata".

46 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 151, Buenos Aires, 1975; DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, t. III, pág. 287, Buenos Aires, 1967; para Fiorini se sustentan en una cláusula contractual pero debe ser homologada por la autoridad administrativa sin cuyo requisito carecen de legitimidad (cfr. FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 214, Buenos Aires, 1976); FANELLI EVANS, Guillermo E., *La concesión de obra pública*, Buenos Aires, 1989, sería lo que, a diferencia de la concesión de obra pública, en la de servicios públicos el poder concedente es quien aprueba o autoriza las tarifas (pág. 25).

47 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 148.

48 Cfr. TAWIL, Guido S., "Servicio Público: ¿Eficacia o desgobierno?", en LL, t. 1991-C, Sec. Doctrina, pág. 652 y sigs.

49 URRUTIGOITY, Javier, "Retribución en los servicios públicos", puntos 1.1 y sigs. en el libro *Los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

mientos jurídicos generales y sectoriales de cada país pues el servicio público no deja de ser, como casi todas las instituciones administrativas, una categoría histórica cuyo implante y modulación varía según el lugar y la época en que vaya a aplicarse. Esto no significa que por la influencia que siempre reflejan determinados sistemas del derecho comparado no sea útil efectuar algún *excurso* breve acerca de esta cuestión.

En este punto el sistema que se aproxima más a las formulaciones implantadas recientemente en Argentina, es el francés, donde conviven la potestad tarifaria estatal junto a la posibilidad de que las tarifas emerjan del *cahier de charges* ya sea en forma automática o dentro de un *maximum* o tope como un derecho del propio concesionario limitado por el principio de igualdad [50].

Y si bien la tesis mayoritaria en la doctrina francesa se inclina todavía por atribuir naturaleza reglamentaria a la tarifa [51], lo cierto es que la jurisprudencia del Consejo de Estado no vacila en negarle potestad a la Administración para modificarla unilateralmente, sobre la base de que ello altera el equilibrio económico-financiero de la concesión [52]. Esta posición de la jurisprudencia conduce a sostener (en la doctrina francesa) una doble naturaleza para la tarifa: reglamentaria, respecto de los usuarios del servicio público y contractual, en lo que atañe a las relaciones entre concesionario y concedente [53].

En la Argentina, desde el comienzo del proceso privatizador, la concepción contractual para la fijación o modificación tarifaria afirma una tendencia que no se puede desconocer ni ignorar [54]. Pero antes de adentrarnos a los lineamientos generales de los regímenes tarifarios aplicables en cada sector creemos que corresponde analizar, en el plano estrictamente doctrinario, los principales argumentos que se han formulado para negar naturaleza contractual a la tarifa.

50 Véase: LAUBADÈRE, André de - MODERNE, Franck - DELVOLVE, Pierre, *Traité des Contrats Administratifs*, t. II, pág. 335 y sigs., 2ª ed., Paris, 1984; DUFAU, Jean, *Les Concessions de Service Public*, págs. 150-153, Paris, 1979.

51 VEDEL, Georges - DELVOLVE, Pierre, *Droit Administratif*, pág. 1143, 9ª ed., Paris, 1984. Otros autores han comenzado a sostener, sin embargo, que la tarifa posee naturaleza contractual (Cfr. LINOTTE, Didier - MESTRE, Ahille - ROMS, Raphael, *Services Publics et Droit Public Economique*, t. I, pág. 334, 2ª ed., Paris, 1992) afirmando que el *cahier de charges* integra el instrumento convencional (*op. cit.*, pág. 332).

52 CE 30-IX-1969 en el arrêt *Cie française d'irrigation*, pág. 506.

53 Cfr. LAUBADÈRE, André de - MODERNE, Franck - DELVOLVE, Pierre, *op. cit.*, t. II, págs. 330-332, especialmente pág. 353 (punto 1143, *in fine*).

54 Uno de los primeros juristas que advirtió el fenómeno fue Grecco, al analizar el régimen del servicio telefónico (*op. cit.*, págs. 501 y 503).

El argumento de la potestad de dirección y organización del servicio público, como potestad irrenunciable del Estado para la fijación de las tarifas, encuentra su propia refutación en la circunstancia de que el pacto que autoriza al concesionario a fijarla no implica enajenar o transferir la potestad [55], sino acordar lo inherente a su ejercicio en base a una habilitación legal. En todo caso, si las potestades, como poder del que deriva una situación de sujeción [56], requieren de una base objetiva de habilitación para su nacimiento nada impide sustentar que la norma permite que se configure, en cabeza del concesionario, la potestad tarifaria como consecuencia de un acuerdo bilateral (poder que debe ejercer en el marco del contrato y de los ordenamientos regulatorios) reservándose siempre la Administración concedente (o el ente regulatorio, en su caso) la potestad de control sobre la tarifa, poder este último que, en principio, resulta irrenunciable [57].

Es por demás obvio que ello no implica confundir la potestad con el *ius*, en tanto el poder del concesionario para fijar tarifas previsto contractualmente tenga su fuente en el derecho objetivo (v.gr. Pliego de Condiciones o Marco Regulatorio) lo que no impide que esa habilitación normativa sea ejercida a través de un acuerdo de voluntades que genera obligaciones para los clientes o usuarios, en mérito a la incidencia que el contrato administrativo puede tener respecto de terceros [58] fenómeno especialmente advertible en la concesión de servicios públicos.

55 En el mismo sentido: ROMANO, Santi, *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, trad. de Sentis Melendo, págs. 340-343, Buenos Aires, 1964.

56 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 440 y sigs., Madrid, 1989, a quienes hemos seguido en nuestro *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 107, 4ª ed., Buenos Aires, 1994.

57 Hace algunos años Romano había advertido que la relación entre concedente-concesionario podía generar un nuevo poder al señalar que *...puede también ocurrir que sobre la base de un poder perteneciente a su sujeto, surja en favor de otro sujeto un poder menos amplio y diferente, como cuando, por ejemplo, los poderes del Estado de gobernar una colonia o de gestionar un servicio público, quedan limitados y disminuidos por cuanto dicho gobierno o dicha gestión son asumidos por un llamado concesionario. Dicha concesión da lugar a una sucesión no traslativa, sino, como se suele decir, constitutiva, que, por lo demás, no es una verdadera y propia sucesión, ya que no se transmite ningún poder, sino que se da vida a otro poder, que puede ser análogo al del concedente, pero que, de todos modos, es no sólo más restringido y circunscripto, sino también nuevo. En otras palabras, hay una restricción del poder del concedente, no una transferencia a otro sujeto, restricción a la cual corresponde el nacimiento de un poder diferente en favor de este último* (Cfr. ROMANO, Santi, *op. cit.*, pág. 340).

58 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. III-A, págs. 325-326, nro. 705, Buenos Aires, 1983.

Otro de los argumentos argüidos para desechar la posibilidad de atribuir a la tarifa naturaleza contractual se ha pretendido afincar en la quiebra del principio de riesgo y ventura que caracterizaba al contrato administrativo [59] y su sustitución por el principio denominado indirectamente de cobertura suficiente [60], equilibrio económico-financiero del contrato [61], intangibilidad de la remuneración del contratista [62] o mutabilidad del contrato administrativo [63].

En rigor, esta recepción de principios, que se opera en el seno de la figura contractual y que abandona la rígida estructura de la contratación a fin de adaptarla a la realidad cambiante en la que se desenvuelve, reafirma y no desplaza la necesidad de que las cláusulas contractuales de la concesión regulen lo atinente a la tarifa como una garantía para exigir del concedente el mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato de concesión. De lo contrario, sólo le cabría, al concesionario, una acción resarcitoria para pretender la compensación debida cuando posee el poder de fijar la tarifa en virtud del pacto celebrado con la Administración concedente.

Por estas razones resultan más ventajosos los sistemas más o menos automáticos [64] de reajuste y actualización que, con base normativa y contractual, habilitan al concesionario a fijar la tarifa cuando se producen ciertos hechos o acontecimientos que alteran la economía del contrato, sin perjuicio del control que corresponde a la Administración concedente o a los entes reguladores, en su caso.

Otro procedimiento de fijación contractual de la tarifa, también utilizado en el derecho argentino, consiste en establecer el cuadro tarifario en el contrato de concesión sobre la base de unas *tarifas máximas* dentro de las cuales el concesionario desarrolla su política tarifaria y hasta puede beneficiarse dado que una mayor eficiencia en

59 Sobre el principio de riesgo y ventura véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Riesgo y ventura en la contratación administrativa", RAP, nro. 2, pág. 83 y sigs., Madrid, 1950, donde demuestra que el principio juega con menor rigor en la contratación administrativa que en la contratación privada.

60 ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *op. cit.*, pág. 42 y sigs. y 112.

61 CASSAGNE, Juan C., "El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo", REDA nro. 1, pág. 27 y sigs.

62 BARRA, Rodolfo C., "La intangibilidad de la remuneración del contratista particular en los contratos administrativos", ED, t. 62, pág. 727.

63 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, págs. 80-81 y 85 y sigs., Madrid, 1989, puntualiza cómo el principio de la mutabilidad puede jugar también en beneficio del contratista.

64 *Vid.* TAWIL, Guido, *op. cit.*, pág. 655, cita como ejemplo de automaticidad el servicio telefónico.

el manejo de los costos del servicio mejora la rentabilidad de la inversión al mantenerse inalterada la tarifa.

Es evidente, al menos en la Argentina, que estos mecanismos que, en líneas generales, han seguido las licitaciones convocadas para los distintos sectores y empresas que han sido privatizadas a partir de 1989 reportan una doble ventaja ya que, mientras por una parte sustraen la cuestión de las tarifas de las decisiones políticas muchas veces discrecionales y con propósitos puramente electorales, por la otra, reducen significativamente las posibilidades de corrupción.

En conclusión, la condición jurídica de la tarifa y el poder del concesionario para fijarla conforme a las cláusulas del contrato de concesión es algo que no corresponde establecer *a priori* ni en forma dogmática pues todo dependerá, en definitiva, de los ordenamientos jurídicos (general y sectorial). Estos ordenamientos pueden establecer que la tarifa constituya un acto de alcance general, o bien, atribuir el poder de su fijación al concesionario en forma automática (cuando se cumplen ciertos parámetros) o dentro de un máximo acordado para estimular la eficiencia. Por lo demás, si la tarifa tiene base contractual, el concesionario posee un derecho subjetivo que le acuerda legitimación para demandar la protección judicial, derecho este que incluye la posibilidad de obtener las medidas cautelares del caso para que la sentencia no resulte ineficaz o imposible de cumplir dado que, en materia tarifaria, se torna muy difícil para el concesionario recuperar los atrasos.

En resumidas cuentas, desde el punto de vista jurídico el acto de fijación de tarifas no constituye un reglamento [65] en razón de no integrar el ordenamiento jurídico [66]. Y aunque ese acto pueda participar, en algunos supuestos, de la condición propia de los actos de alcance general, hay que advertir que el fenómeno puede explicarse también por vía del efecto general que ciertos contratos —como el de concesión de servicios públicos— operan respecto de terceros que son ajenos a la relación contractual (ej. usuarios). Lo que sí parece una predicción afirmada en el curso del proceso argentino de privatizaciones, es el reconocimiento de la aptitud del contrato para convertirse en fuente derivada o complementaria de la potestad tarifaria en cuyo supuesto la tarifa integra las cláusulas convencionales, con-

65 CASSAGNE, Juan C., *La intervención administrativa*, pág. 62, 1ª ed., Buenos Aires, 1993.

66 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. I, pág. 201, Madrid, 1989.

figurando una cláusula exorbitante que delimita el marco jurídico donde el concesionario ejerce la facultad de conformidad al ordenamiento [67]. En tal sentido, al no fundarse la cláusula exorbitante en un derecho preexistente, viene a operar como una delimitación que acota el contenido normal del derecho del concesionario.

En otros casos, cuando la potestad pertenece *in totum* a la Administración concedente y se ejerce fuera del contrato administrativo, no rige el principio contractual de la intangibilidad tarifaria y cualquier modificación que altere el equilibrio económico-financiero debe ser corregida no por vía tarifaria sino mediante una compensación o subvención que restituya la ecuación contractual.

Existen numerosos sistemas y fórmulas para determinar las tarifas [68] que se han reflejado en los respectivos Marcos Regulatorios y en los contratos de concesión o licencia.

En principio, las tarifas deben retribuir todos los costos reales del servicio más una utilidad razonable [69]. La mayor parte de las fórmulas tarifarias contienen, básicamente, cuatro elementos, a saber: *a)* costos de explotación; *b)* amortización de activos; *c)* un factor de rentabilidad de la inversión (que puede estar implícito cuando la tarifa es máxima) y *d)* impuestos, tasas y demás gravámenes fiscales [70].

La característica que presenta el régimen jurídico aplicable a empresas prestatarias de servicios públicos en la Argentina, radica en la diversidad de técnicas utilizadas en los distintos ordenamientos sectoriales y contratos de concesión o licencia.

13. EL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DE LA CONCESIÓN O LICENCIA Y SU PROYECCIÓN AL DERECHO DEL CONCESIONARIO A LA MODIFICACIÓN TARIFARIA

Tanto la concesión de servicios públicos como la figura de la licencia de explotación de servicios públicos constituyen contratos administrativos en razón de su objeto [71], que reflejan una equivalencia

67 Sobre la distinción entre cláusula y régimen exorbitante nos remitimos al trabajo que publicamos en *Cuestiones de Derecho Administrativo*, pág. 71 y sigs., Buenos Aires, 1987.

68 *Vid.* MAIRAL, Héctor A., "La determinación de las tarifas", RADA, Buenos Aires, 1971, pág. 53 y sigs.

69 ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y Estado*, cit., pág. 411.

70 BAUER, R. J., *Updating Public Utility Regulation*, pág. 3 y sigs., Chicago, 1966, cit. por ARIÑO ORTIZ (*op. cit.*, pág. 414, nota 16).

71 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. III-A, pág. 54 y sigs., Buenos Aires, 1978.

de prestaciones nacida de un acuerdo de voluntades entre la Administración y el particular concedente o licenciatario.

En el mantenimiento de esa equivalencia durante la vida del contrato administrativo (y siempre que la economía de ésta no se distorsione por culpa del contratista), estriba una de las distinciones de mayor trascendencia existentes entre el régimen jurídico de los contratos administrativos y los contratos privados (civiles o comerciales).

En efecto, en el Derecho Público todas las técnicas correctoras de los desequilibrios económicos-financieros no juegan, en principio, para la resolución o extinción de la relación contractual [72] sino para mantener inalterada la ecuación económico-financiera del contrato.

Así concebida, la superación del principio de "riesgo y ventura" en los contratos administrativos implica que el contratista privado asume sólo los riesgos propios y normales de su gestión, quedando a cargo de la Administración todos aquellos riesgos que le son ajenos [73], ya provengan de actos o hechos del propio Estado o de caso fortuito o fuerza mayor.

A) La teoría del contrato administrativo y sus relaciones con el Derecho Civil

La progresiva construcción de los principios y reglas aplicables al contrato administrativo demuestra cómo esta institución, que comenzó modelándose dentro de un esquema de casi absoluta dependencia del Derecho Privado, fue modificando la aplicación de las soluciones privatistas hasta alcanzar cierta autonomía científica que le permite abastecerse con los fundamentos y técnicas que le provee el Derecho Público, principalmente el Derecho Administrativo.

Fue un proceso lógico —y hasta si se quiere previsible— en virtud de la posición privilegiada que el Estado asume en el contrato administrativo, donde la jerarquía de los fines que persigue, en relación a los intereses particulares de quienes se vinculan contractualmente con la administración, justifica la distinta situación jurídica en que ésta se halla colocada en la relación contractual con el particular o administrado.

72 Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*, pág. 285, donde al comentar la teoría de la imprevisión señala: "en los contratos privados se propugna la rescisión; en los contratos administrativos, en cambio, la imprevisión tendrá como primer objetivo el mantenimiento de la relación pues con ello lo que se busca es, ante todo, la realización continua de la obra o el servicio: Por ello, el contrato no se rescinde sino que se revisa".

73 Cfr. URRUTIGOITY, Javier, *op. cit.*, punto iii.

La inserción de la figura del contrato administrativo en el Derecho Público no se hizo sin esfuerzos y sin trasponer estadios intermedios. Entre estos, cuadra apuntar que el primitivo montaje de los principios se efectuó en forma paralela al Derecho Civil del cual tomó gran parte de sus contenidos adaptándolos a las peculiaridades propias de su naturaleza, lo que tenía la ventaja de que, agotadas las soluciones publicistas, quedaba un ancho margen de derecho común aplicable al Estado [74].

En este siglo, sin embargo, el crecimiento del Derecho Administrativo dio lugar a la concepción de éste como derecho común de la Administración Pública [75], sin excluir la aplicación del Derecho Privado, para cierto tipo de relaciones, cuando las entidades administrativas realizan meras actividades industriales y comerciales y no persigan un fin público inmediato [76].

En este proceso evolutivo cuadra señalar que otras concepciones propugnaron una completa autonomía para el Derecho Administrativo bajo el lema de la *huida de derecho privado* [77], lo que hubiera tenido como consecuencia forzosa la aplicación del bloque del Derecho Administrativo a todas las relaciones en que fuese parte la Administración Pública, incluso aquellas inherentes al tráfico mercantil (v.gr., actividad bancaria estatal) [78]. Pero esta tendencia extrema ha chocado abiertamente con la realidad que exhiben la legislación [79] y la jurisprudencia de los tribunales, habida cuenta de que la unidad final que tiene el derecho es algo que difícilmente pueda desvirtuarse con concepciones puramente idealistas desvinculadas de aquella realidad.

Desde luego, no se puede desconocer que existe una sustancial distinción en punto a los principios que inspiran al Derecho Privado y al Derecho Público respecto a su naturaleza, fines y posición de las partes en la relación jurídica. Pero de allí a sustentar la tesis de la

74 Ver: BULLINGER, Martín, *Derecho público y derecho privado*, pág. 91 y sigs., trad. del alemán, Madrid, 1976.

75 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 29, Madrid, 1977.

76 CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 386-388, Buenos Aires, 1983.

77 Conf.: FLEINER, *Institutionem*, pág. 326, LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, pág. 200, München, 1960, citados ambos por Bullinger (*op. cit.*, pág. 101, nota 239).

78 BULLINGER, *op. cit.*, págs. 98-99.

79 FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 51, Buenos Aires, 1976, admite que los entes estatales actúen en la órbita del derecho privado, pero a condición de que exista una norma estatal imperativa que le imponga ese tipo de actuación.

aplicación exclusiva del Derecho Administrativo a todas las relaciones que vinculan a las personas con el Estado (en forma directa o por medio de sus entidades), hay una distancia muy grande que, al acortarse, genera el peligro de que la situación desemboque en un estado de inseguridad jurídica y de injusticia, frente a la natural incompatibilidad de ciertas normas públicas para regir las situaciones que plantea el accionar estatal mediante formas jurídicas privadas o cuando la actividad fuera, por ejemplo, de naturaleza típicamente comercial.

En este contexto, la teoría del contrato administrativo, como la categoría más trascendente entre los acuerdos que suele celebrar la administración [80], ha tenido un desarrollo considerable, abasteciéndose, en principio, de sus propias formulaciones, lo cual no impide la aplicación analógica de las reglas y principios del Derecho Civil o Comercial, aplicación que se lleva a cabo —como ha dicho la Corte Suprema— *con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia* del Derecho Administrativo [81].

Ahora bien, la necesidad de compensar los desequilibrios que se producen en el ámbito de la contratación pública ha dado lugar a una serie de técnicas aplicables a las diferentes situaciones que se presentan, algunas de las cuales pertenecen al Derecho Administrativo; otras, como la teoría de la imprevisión, son de origen privado, aunque su resurgimiento en este siglo tuvo primero lugar en el campo del Derecho Público con motivo de la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia.

Sin embargo, no se puede negar el fondo común que, desde la óptica realista, traduce la tesis de que el contrato constituye, al cabo, en su esencia, un intercambio voluntario de prestaciones que viene a realizar, en su ámbito, el equilibrio o igualdad que procura la justicia.

B) La compensación de los desequilibrios en el contrato administrativo

Tanto en el contrato administrativo como en el regido por el Derecho Civil o Comercial celebrado entre dos particulares, pueden

80 En general, se ha propiciado que el contrato administrativo constituye una de las especies de los contratos de la administración (además de los interadministrativos y de objeto privado), sin perjuicio de la posibilidad reconocida por la doctrina y la jurisprudencia de extender las reglas de la contratación pública a los convenios que celebran, entre otras entidades, las sociedades comerciales que posee el Estado (ver: CASSAGNE, Juan C., "Naturaleza administrativa de ciertos contratos celebrados por empresas estatales", ED, t. 110, pág. 610 y sigs.).

81 En el conocido caso "Los Lagos", registrado en el t. 190, pág. 151, de *Fallos*, cuya jurisprudencia ha permanecido invariada en este punto.

producirse desequilibrios que afecten las bases de lo acordado o la llamada ecuación económico-financiera del contrato, por lo cual, a primera vista, no parecería necesario establecer soluciones diferentes para el restablecimiento del equilibrio contractual.

Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia advirtieron que esa alteración del equilibrio de las prestaciones podía provenir de actos del propio Estado cuando modificaba unilateralmente el contrato en ejercicio de la *potestas variandi*, y que esta circunstancia tenía que incidir en la extensión y alcance de la compensación, la cual no debía limitarse a una ayuda o subsidio para morigerar las pérdidas del contratista (como acontecía al aplicar la teoría de la imprevisión), sino en una reparación integral de la ecuación, ya que no es justo que se obligue al contratista a extender y ampliar las prestaciones acordadas, sin mantener la remuneración pactada.

De otra parte, para lograr la mayor transparencia posible en las cotizaciones que formulan los contratistas y disminuir así el peligro de que trasladen los riesgos contractuales a las propuestas [82], se perfilaron sistemas de revisión de precios *ex lege* que compensan no sólo el riesgo imprevisto, sino hasta los mayores costos previsibles por las partes al momento de celebrar el contrato administrativo, tal como acontece entre nosotros con el régimen instituido por la ley 12.910 [83].

C) Continuación. El mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo: su fundamento común

La noción de equilibrio financiero del contrato administrativo, como una condición implícita en la concesión de servicio público, en la cual se halla comprendida la denominada equivalencia honesta de las prestaciones, es decir, entre las ventajas que se le otorgan al contratista y lo que se le exige, fue establecida por primera vez en Francia, en un caso promovido por el Ministro de Obras Públicas contra la Compañía Francesa de Tranvías, resuelto en el año 1910.

En esa oportunidad, el Consejo de Estado, recogiendo la conclusión de León Blum, expuso el principio, en términos que son todavía citados y seguidos por la doctrina moderna [84], al sentar la tesis de

82 GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, pág. 522, respecto de la revisión de precios.

83 Ver: SPOTA, Alberto G., *Contratos*, t. III, pág. 583, Buenos Aires, 1980.

84 LAUBADÈRE, André - MODERNE, Franck - DELVOLVE, *Traité des Contrats Administratifs*, t. I, págs. 716-717, Paris, 1983.

que corresponde a la esencia de todo contrato de concesión de servicio público encontrar y realizar, en la medida de lo posible, un equilibrio entre las ventajas otorgadas al concesionario y las cargas que le son impuestas, las cuales *deben balancearse de manera que formen la contrapartida de los beneficios probables y de las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión hállase también implícita, como un cálculo, la equivalencia honesta entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige* [85].

En la misma época, casi paralelamente a dicha formulación, nacida para corregir el desequilibrio provocado por el ejercicio de la *potestas variandi* —que habilita a la administración para modificar unilateralmente el contrato— el Consejo de Estado, frente al cambio de las circunstancias originalmente pactadas, aplicó la cláusula *rebus sic stantibus*, o teoría de la imprevisión, y con la idea de morigerar las pérdidas que ese cambio provocaba, reconoció una ayuda en favor del contratista, sin compensar, empero, la totalidad de su déficit financiero.

La extensión de esta teoría al campo de la contratación administrativa, si bien al principio fue resistida, provocando —como recuerda Hauriou— casi un escándalo [86], terminó por ser reconocida ampliamente más que para propugnar la resolución contractual, como ocurrió en las aplicaciones que de ella se hizo en el Derecho Privado, para revisar el contrato, con el objetivo básico de no alterar la continuidad de la obra o servicio público (en sentido amplio) [87].

Es evidente que en el Derecho Público todas las teorías correctoras de los desequilibrios tienen un fondo común que está dado básicamente por una circunstancia de hecho, como es la modificación de las condiciones contractuales originarias que altera el equilibrio financiero entre las obligaciones y los derechos, las cargas y los beneficios, junto a un principio jurídico general que conduce al restablecimiento en forma total o parcial, de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo, lo cual no es óbice para la coexistencia de diferentes técnicas de garantías adaptadas a cada situación, como se verá en el punto siguiente.

85 LAUBADÈRE - MODERNE - DELVOLVE, *op. cit.*, t. I, pág. 717, nota 2.

86 HAURIOU, Maurice, *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929*, t. III, pág. 675, Paris, 1929.

87 El reconocimiento de la posibilidad de revisar el contrato, por el derecho administrativo, en virtud del cambio imprevisible de las circunstancias originarias del contrato, se adelantó en muchos años a la evolución de esta idea en el derecho civil moderno. Ver: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*, pág. 285, nota 31, Madrid, 1968.

Esto es así por cuanto existe una fundamentación unitaria que justifica el mantenimiento del equivalente económico en el contrato administrativo sobre la base de nociones, propias del Derecho Público, que carecen de sentido en el ámbito de las relaciones privadas. Este fundamento encuentra su directa apoyatura en principios generales del Derecho Administrativo, algunos de los cuales tienen, entre nosotros, recepción positiva en la Constitución Nacional (v.gr., art. 16, Const. Nac., en cuanto prescribe la igualdad ante las cargas públicas).

Este último principio, conectado con la necesidad de mantener la continuidad de los servicios públicos y la realización de la obra pública configura, en rigor, el principal fundamento en que se apoyan las distintas técnicas (hecho del príncipe, revisión de precios, imprevisión, etc.) para mantener el equilibrio financiero del contrato administrativo [88].

En efecto, si sobre el contratista pesa la carga de tener que ampliar sus prestaciones por la modificación contractual que disponga unilateralmente la administración, o bien de cumplir el contrato pese al cambio producido en las circunstancias originariamente convenidas y previstas, ya sea a causa del *alea* administrativa provocada por hechos del propio Estado (*factum principis*) o provenga de un *alea* que tiene su origen en la economía general (teoría de la imprevisión), resulta justo otorgarle una compensación que le permita, al menos, continuar en la ejecución del contrato. De lo contrario, los contratistas del Estado sufrirían una carga pública de un modo desigual, pues la situación de sacrificio especial en que se hallan no les sería compensada, pese a incidir sobre ellos "una carga que no pesa sobre las demás personas" [89].

A su vez, como todo menoscabo patrimonial impuesto en beneficio público debe ser indemnizado, por aplicación del principio de inviolabilidad de la propiedad privada (art. 17, Const. Nac.), cuando tal situación acontece en el contrato administrativo, se impone el restablecimiento de la ecuación económico-financiera, por aplicación de aquel principio constitucional [90].

88 ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *op. cit.*, pág. 321.

89 Conf.: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, págs. 482-483 y sigs., Buenos Aires, 1983, respecto del hecho del príncipe y de la teoría de la imprevisión; BERÇAITZ, Miguel Á., *Teoría General de los Contratos Administrativos*, pág. 460, Buenos Aires, 1980.

90 Conf.: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. III-A, pág. 483 y sigs., fundamento que considera aplicable aun para la teoría de la imprevisión (pág. 507 y sigs.).

A lo expuesto cabe añadir que la necesidad de compensar los desequilibrios contractuales encuentra también su razón de ser en la circunstancia de que el contratista público se convierte, en la mayor parte de los contratos administrativos, en un colaborador [91] de la actividad concreta que cumple la administración, cuya finalidad superior tiende al bien común y está por sobre las previsiones contractuales [92].

D) Aplicación de las reglas propias de la justicia conmutativa

Se ha sostenido, por parte de la doctrina, que la justificación del principio del equilibrio financiero del contrato reposa en razones inherentes a la justicia distributiva vinculadas a la igualdad, proporcionalmente comparativa, que se da entre las propuestas de los diferentes oferentes que concurren al procedimiento de selección contractual [93].

Pero aparte de que dicha tesis no alcanza a explicar plenamente el motivo por el cual igualmente se corrigen los desequilibrios mediante el procedimiento de revisión de precios o mayores costos instituido por la ley 12.910 y complementarias, en casos donde no ha existido concurrencia (v.gr., contrataciones directas), lo cierto es que no constituye una derivación de la teoría clásica de la justicia [94] y contrasta con lo que acontece en el plano de la realidad.

Ello por cuanto la remuneración pertenece, en todo contrato, a la justicia conmutativa, por cuanto el precio contractual constituye el equivalente de las prestaciones que se llevan a cabo en función de la obra, cosa o servicio contratado, sin atender, en principio, a la condición personal, salvo que esta condición influya decisivamente sobre la calidad o especialidad de la respectiva obra, cosa o servicio.

91 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, págs. 79-80, Madrid, 1987.

92 Conf.: CASSAGNE, Juan C., "En torno de la figura del contrato administrativo", en el libro *Cuestiones de Derecho Administrativo*, págs. 83-84, Buenos Aires, 1987, donde señalamos la incidencia de este principio en punto a la modificación de los pliegos de la licitación *a posteriori* del perfeccionamiento del contrato.

93 BARRA, Rodolfo C., *Contrato de Obra Pública*, t. III, pág. 1146, Buenos Aires, 1988, al tratar la intangibilidad de la remuneración del contratista en el contrato de obra pública.

94 En el *Tratado de la justicia*, al referirse a la división de la justicia, Santo Tomás se expresa en términos que no admiten duda alguna acerca de lo que sustentamos, pues dice: "...si se da a un *servidor de la comunidad* un pago por un servicio prestado, *no sería esto justicia distributiva*, sino conmutativa... Y es que en la justicia distributiva no se toma como norma la igualdad objetiva entre lo que se da a uno y los servicios que ha prestado; sino más bien a lo que cada uno recibe según la dignidad de la persona" (*Suma Teológica*, II.II, q. 61, a. 4).

Hay, pues, una igualdad de objeto a objeto que difiere de la igualdad proporcional que es propia de la justicia distributiva.

En cambio, como lo hemos sostenido anteriormente [95], cuando el Estado distribuye bienes comunes en virtud del principio de igualdad proporcional, que toma en cuenta la situación de cada persona en la sociedad, el gobernante ejerce la virtud de la justicia distributiva, la cual, si bien no deja de ser justicia individual o particular (lo debido por la comunidad a sus miembros como partes del todo de esa comunidad), reposa en una igualdad proporcional entre la cosa y la persona, entre la prestación debida y la situación personal de esa persona en la sociedad.

La materia de la justicia contractual se resuelve casi siempre por aplicación de principios propios de la justicia conmutativa. Así lo ha resuelto nuestro más alto tribunal al apuntar que *en situaciones regidas por los principios de la justicia conmutativa... ha de estarse a la igualdad estricta de las prestaciones recíprocas conforme a las circunstancias del caso, y no siendo el dinero un valor en sí mismo sino un medio que, como denominador común, permite conmensurar cosas y acciones muy dispares en el intercambio, aquella igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de sus valores y al fin de cada una de ellas, situación equitativa que resulta alterada cuando... por culpa del deudor moroso la prestación nominal a su cargo ha disminuido notablemente su valor real* [96].

Además, en el plano de la realidad los criterios legales y jurisprudenciales que se han dado para mantener el equilibrio financiero del contrato administrativo, descansan sobre el aumento o disminución que sufren las cosas o servicios contratados por acontecimientos económicos no imputables al contratista, sin establecerse igualdad proporcional alguna respecto de las personas que contratan a los efectos de fijar los valores que se compensan o indemnizan.

E) Peculiaridades de las principales técnicas que garantizan el equilibrio financiero del contrato

En lo que sigue vamos a analizar algunas de las peculiaridades de las principales técnicas de garantía del mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo, como son: *a)* la compensación por el ejercicio de la *potestas variandi*; *b)* el

95 CASSAGNE, Juan C., *op. cit.*, pág. 113.

96 En el caso de "Vieytes de Fernández, Juana (suc.), c/ Provincia de Buenos Aires", ED, t. 69, pág. 86.

hecho del príncipe; *c)* la teoría de la imprevisión; y *d)* la revisión de precios *ex lege*.

a) La compensación por el ejercicio de la potestas variandi

Las modificaciones que directamente, en forma unilateral [97], puede introducir la administración en el objeto del contrato generan el consecuente derecho del contratista a ser compensado de todas las consecuencias económicas que generen tales modificaciones.

Es sabido que el poder modificatorio de la administración constituye una potestad que, como tal, es irrenunciable [98], y que tiene sus límites jurídicos racionales —uno de los cuales es, precisamente, el que veda afectar la sustancia o esencia del contrato [99]—, existiendo también límites legales, respecto de los contratos de obra pública y de suministro, donde la legislación ha tasado el máximo dentro del cual puede ejercerse la mencionada potestad [100]. De excederse tales límites se reconoce pacíficamente el derecho del contratista a rescindir el contrato.

En caso de que se produzca, en forma ilegítima, la modificación unilateral del contrato administrativo, el contratista tiene un verdadero derecho subjetivo a la intangibilidad de su remuneración [101], a fin de que se mantenga integralmente indemne la ecuación económico-financiera originaria.

b) El hecho del príncipe (factum principis)

La teoría del hecho del príncipe, que ha sido calificada como una de las más confusas del Derecho Administrativo [102], nació para corregir las consecuencias de aquellas intervenciones de los poderes pú-

97 Según Garrido Falla, la potestad de modificar los contratos administrativos aparece en la misma génesis de la concepción sobre el contrato administrativo "como una de las notas que viene a caracterizarlo decisivamente desde un punto de vista sustancial" (*op. cit.*, t. II, pág. 82).

98 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. III-A, pág. 399.

99 LAUBADÈRE André - MODERNE, Franck - DELVOLVE, Pierre, *Traité des Contrats Administratifs*, t. II, pág. 407, Paris, 1984.

100 Ley 13.064, arts. 30 y 53, inc. a; "Reglamento de las contrataciones del Estado", inc. 84 de la reglamentación del art. 61 de la Ley de Contabilidad.

101 Conf.: BARRA, Rodolfo Carlos, "El caso 'Pizarro Aráoz' y la modificación del sistema de variación de costos pactado en los contratos de obra del sector público", ED, t. 95, pág. 736, con respecto a la variación de costos en los contratos de obra pública o locaciones de obra en sector público.

102 LAUBADÈRE - MODERNE - DELVOLVE, *op. cit.*, t. II, pág. 516, nro. 1291.

blicos que tuvieran por efecto afectar, con medidas generales, las condiciones jurídicas o de hecho conforme a las cuales el contratista ejecuta su contrato.

A diferencia de la alteración del equilibrio financiero que se opera por el ejercicio de la potestad de modificación unilateral del contrato, el hecho del príncipe concierne a medidas que no tienen por objeto realizar directamente la prerrogativa modificatoria, pero que inciden o repercuten sobre el contrato, haciendo que su cumplimiento sea más oneroso. Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual [103].

Por ese motivo se ha sostenido que debe tratarse de medidas de carácter general [104], que adopte el Estado, sean legítimas o no (lo que puede incidir en la extensión del resarcimiento) [105], mientras que si la medida es de alcance particular, el caso encuentra aplicación dentro de la responsabilidad contractual, donde la reparación corresponde en plenitud, aun cuando provenga de una ley formal, siempre que pertenezca al mismo orden de competencia constitucional bajo el cual se realizó el contrato (v.gr., nacional, provincial o municipal, en caso de tener estos entes reconocida autonomía en las constituciones provinciales).

Poco importa, pues, si la medida general proviene o no de la administración contratante, del órgano legislativo pertinente [106] o de otra entidad estatal con personalidad jurídica encuadrada en dicha administración, ya que en todos estos supuestos se consuma un "*alea* administrativa" por una medida general que torna aplicables los principios que rigen en materia de responsabilidad extracontractual del Estado.

Para que el contratista pueda invocar el hecho del príncipe para obtener el reajuste del contrato afectado por un *alea* de esa naturaleza, se requiere que la medida general: *1)* sea de índole económica o financiera; *2)* provoque una excesiva onerosidad sobreviniente; *3)* sea imprevista [107] y exceda el *alea* normal de todo contrato; *4)* exista una relación de causalidad entre la medida y la alteración de la ecuación del contrato; y *5)* que el daño sea cierto y especial, en el sentido de que afecte

103 Dicha responsabilidad, conforme a nuestra doctrina y jurisprudencia, es objetiva y directa; ver CASSAGNE, *op. cit.*, t. I, pág. 309 y sigs.

104 GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, pág. 513; ARIÑO ORTIZ, *op. cit.*, pág. 263.

105 CASSAGNE, *op. cit.*, t. I, pág. 314.

106 ARIÑO ORTIZ, *op. cit.*, pág. 269.

107 MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III-A, pág. 494.

más intensamente al contratista que al resto de las personas a quienes se les impone la medida de alcance general, cuyas consecuencias resultan asimilables a la imposición de cargas públicas [108].

c) La teoría de la imprevisión

La teoría de la imprevisión tiende a compensar la excesiva onerosidad sobreviniente en la prestación a cargo de una de las partes del contrato, provocada por un cambio imprevisto producido en las circunstancias que constituyeron la base del contrato, recogida en nuestro Código Civil a partir de la reforma introducida por la ley 17.711 [109].

El desarrollo de esta teoría, que se hallaba, según algunos, también insinuada en el derecho romano [110], se perfila nítidamente en la Edad Media en la cláusula *rebus sic stantibus*, donde se postula el respeto por la palabra empeñada, en tanto las circunstancias tenidas en cuenta al celebrar el contrato no sufran alteraciones fundamentales que trastruequen el equilibrio contractual.

Su recepción en este siglo obedeció —como se ha visto— a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, que la aplicó en el caso "Compañía de Gas de Burdeos", donde reconoció que cuando el cambio de circunstancias causaba una excesiva onerosidad en la prestación a cargo del concesionario y se trataba de un "*alea* económica" imprevisible, correspondía indemnizar al contratista mediante una ayuda que le permitiese compensar sus pérdidas y continuar en la ejecución del contrato de concesión, manteniendo la continuidad del servicio público [111].

Las condiciones que regulan su procedencia han tenido una sistematización rigurosa en el Derecho Público [112], sosteniéndose la necesidad de que concurran simultáneamente diversos requisitos, a saber: *1)* una excesiva onerosidad en una prestación del contrato; *2)* que ella sea sobreviniente, o sea, que el acontecimiento que perturba

108 ARIÑO ORTIZ, *op. cit.*, págs. 266-267.

109 El actual art. 1198 del Cód. Civ. tiene su fuente en el art. 1467 del Cód. Civ. de Italia.

110 Ver: MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, pág. 313, Buenos Aires, 1987; REZZONICO, Luis M., *La Fuerza Obligatoria del Contrato y la Teoría de la Imprevisión*, pág. 21, Buenos Aires, 1954.

111 Han dicho García de Enterría y Fernández en este sentido que "la lógica del *contractus lex*, que postula la rescisión por incumplimiento, se enfrenta así a la lógica del servicio público, que aboga en pro de una solución que garantice la continuidad del mismo" (*op. cit.*, t. I, pág. 514).

112 MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III-A, pág. 522.

el acuerdo surja y produzca efectos después de la celebración del contrato, debiendo éste hallarse pendiente de ejecución o cumplimiento [113]; *3)* se trate de un "*alea* económica", y no de un "*alea* administrativa"; *4)* el acontecimiento que provoca el desequilibrio no sea normalmente previsible, sino de carácter extraordinario y ajeno a la voluntad del contratista [114]; *5)* no haber suspendido el contratista la ejecución del contrato [115]; *6)* que se opere un trastorno o quebranto en la ecuación económico-financiera del contrato con motivo del hecho determinante del "*alea* económica" [116].

Ahora bien, en la medida en que uno de los objetivos fundamentales de la adopción de la cláusula *rebus sic stantibus* por el Derecho Administrativo es la continuidad del servicio público (expresión, ésta, que debe concebirse aquí en sentido amplio, es decir, equivalente a función administrativa), el déficit o quebranto debe ser transitorio [117]. De producirse un acontecimiento que trastrueque definitivamente el cumplimiento del contrato, sería aplicable la teoría de la fuerza mayor [118] o del caso fortuito (de darse los supuestos correspondientes), o bien, podría configurarse un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado, ya fuera la respectiva actividad legítima o ilegítima.

La aplicación de la teoría de la imprevisión puede ser invocada tanto por el contratista como por la administración, y no se traduce en una compensación integral sino en una ayuda por la cual se dis-

113 Sobre la imprevisión en el derecho privado, en casos de devaluación monetaria, ver: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La devaluación del peso y la teoría de la imprevisión", en *Responsabilidad Civil y Estudios*, pág. 187 y sigs., Buenos Aires, 1984.

114 Conf. inc. 56 del dec. 5720/72, que reglamentó el art. 61 de la Ley de Contabilidad, que prescribe que "los precios correspondientes a la adjudicación, por norma, serán invariables. No obstante, cuando causas extraordinarias e imprevisibles modifiquen la economía del contrato se podrá, por acuerdo de partes: a) reconocer variaciones de costos en la medida en que dichas causas incidan en los mismos; b) dar por rescindido el contrato sin penalidades". Al respecto, Barra apunta que: "la diferencia esencial respecto del art. 1198 del Cód. Civ. consiste en una inversión de la mecánica de aplicación de este artículo: no hay demanda de rescisión sino un acuerdo de partes para mejorar la economía del contrato y en caso de fracaso la rescisión del contrato sin penalidades" (*op. cit.*, t. III, pág. 1162).

115 MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III-A, pág. 520, sostiene que ello "es así porque, precisamente, la teoría de la imprevisión tiende a 'ayudar' económicamente al cocontratante, evitando que éste suspenda la ejecución del contrato y facilitando, en cambio, el cumplimiento del mismo, cualquiera sea su especie (concesión de servicio público, construcción de obra pública, suministro, etc.). En esto hay una fundamental diferencia entre teoría de la imprevisión y fuerza mayor".

116 MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III-A, pág. 523 (ver jurisprudencia citada).

117 VEDEL, Georges - DELVOLVE, Pierre, *Droit Administratif*, pág. 1152.

118 MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III-A, págs. 521-522.

tribuye el "*alea* económica" entre ambos [119], sobre la base de que el contratista continúe la ejecución del contrato y sólo soporte la parte de las pérdidas que una razonable interpretación del contrato permita dejar a su cargo [120].

En el Derecho Administrativo, donde la resolución contractual está más limitada que en el Derecho Civil, el principal efecto de la teoría de la imprevisión radica en la revisión del contrato [121].

d) La revisión de precios ex lege

La llamada revisión de precios o régimen de mayores costos [122] apareció fundada en sus comienzos en la teoría de la imprevisión, con motivo de los aumentos extraordinarios de precios ocurridos especialmente durante y después de la segunda guerra mundial, circunscribiéndose al contrato de obra pública.

Entre nosotros, a diferencia de lo que acontece en otros derechos, como el español, donde la revisión de precios resulta de la cláusula pactada en cada contrato [123] o en los pliegos de la licitación, se trata de una revisión *ex lege*, regulada básicamente por el sistema instituido por las leyes 12.910 y 15.285 y sus decretos reglamentarios [124].

Su fundamento es similar a los demás sistemas y técnicas que tienden a preservar el equilibrio financiero del contrato, esto es, a evitar el grave daño a los intereses públicos que puede provocar la paralización de las obras, decisión, ésta, que resultaría casi siempre inútil, por la simple circunstancia de que si la administración rescindiera el contrato tendría que adjudicar las obras a los nuevos precios, con inclusión de los mayores costos producidos [125].

Esta técnica ha sido acompañada de una nutrida jurisprudencia y traduce, en nuestro ordenamiento nacional, el grado más alto de protección de los derechos de quienes contratan con la administración en la medida en que mantiene incólume la ecuación económica

119 GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, pág. 517.

120 Tal fue el criterio expuesto por el Consejo de Estado Francés en el caso de la Compañía de Gas de Burdeos.

121 Conf.: BARRA, *op. cit.*, t. III, pág. 1152.

122 Así lo denominan, entre otros: DIEZ, Manuel M., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 418, Buenos Aires, 1977; BERÇAITZ, *op. cit.*, pág. 466.

123 Art. 12 de la Ley de Contratos del Estado; ver: GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, pág. 519.

124 Entre otros: dec. 11.511/47, modif. por dec. 3772/64; dec. 6927/61, modif. por dec. 4124/64, que reglamentan las leyes 12.910 y 15.285.

125 GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, pág. 519.

del contrato, compensando las variaciones de costos que ocurren durante su ejecución, sin reparar en que éstos sean o no imprevisibles.

Esto último, en virtud del carácter endémico de la inflación que padeció nuestro país, cuya situación económica condujo a que el sistema estructurado se aparte de la teoría de la imprevisión para adquirir perfiles propios, bajo la forma de una garantía de orden público [126] instituida tanto a favor del contratista como de la administración. En este sentido, las distinciones más significativas con aquella teoría radican esencialmente en que: *a)* no se exige la concurrencia de un acontecimiento imprevisible ni extraordinario; *b)* no se requiere que el aumento del precio sea excesivo [127]; *c)* el resarcimiento es pleno e integral; *d)* configura una obligación que asume la administración al celebrar el contrato y que queda a él incorporada.

F) La proyección del principio del equivalente económico en el derecho del concesionario o licenciatario a obtener el reajuste tarifario

El derecho del concesionario o licenciatario a obtener el reajuste tarifario como consecuencia de la alteración del equilibrio económico-financiero del contrato por causas que no le son imputables, se configura —como se ha visto— como un auténtico y pleno derecho subjetivo.

Y si bien la forma de realización concreta de ese derecho puede variar de acuerdo a cada régimen jurídico o situación contractual, el concesionario o licenciatario poseen el derecho de exigir a la Administración concedente el restablecimiento de la ecuación económico-financiera del contrato ya sea a través de una indemnización o compensación (que, en principio, es integral), o bien, mediante la modificación

126 Sobre el carácter de orden público del sistema de mayores costos: BERÇAITZ, *op. cit.*, pág. 468, señala las cláusulas que excluyan la aplicación del régimen de mayores costos son ilegítimas, salvo que no se refieran a determinado rubro específico; BARRA, *op. cit.*, t. III, pág. 1156, recuerda que conforme a la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación tal exclusión se acepta siempre que ella obedezca a razones técnicas o a la poca trascendencia económica del rubro que se excluye.

127 BARRA, *op. cit.*, t. III, págs. 1156-1157, apunta que "no importa la magnitud de la onerosidad causada en la prestación a cargo del particular. Es suficiente con que ocurra el mayor costo, cualquiera sea su entidad para generar el derecho a su reconocimiento por parte del contratista, sin perjuicio de que los pliegos o cláusulas de los contratos fijaran un porcentaje por debajo del cual no proceda dicho reconocimiento, y ello por razones de simplicidad acorde con la poca importancia de la variación".

de la tarifa que rige la concesión o la licencia o el otorgamiento de subvenciones [128].

En el derecho argentino y precisamente en las diferentes normas y cláusulas que contienen las regulaciones económicas puede hacerse una sistematización básica según: *(i)* que el derecho a modificar las tarifas sea ejercido por el propio concesionario o licenciatario sin intervención previa de la Administración o *(ii)* que se requiera la previa aprobación de la tarifa por la autoridad concedente.

En el primer caso, la modificación tarifaria dispuesta por el concesionario (siempre sobre bases regladas) se aplica en forma automática [129] lo cual no excluye el debido y razonable control que pueda llevarse a cabo por parte de la autoridad concedente o de los entes regulatorios.

Y aunque los marcos regulatorios o las cláusulas de los contratos de concesión o de licencia limiten o restrinjan el alcance del derecho a mantener intangible la ecuación económico-financiera de la concesión o licencia [130] este derecho existe con independencia de su reconocimiento legislativo, reglamentario o contractual pues tiene base en normas y principios constitucionales (arts. 16, 17, y 28 de la Const. Nac., entre otros) no pudiendo ser objeto de renuncia en virtud de la naturaleza de orden público que se le atribuye [131].

14. TÉCNICAS Y PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS MARCOS REGULATORIOS Y ACTOS DE APLICACIÓN

La hermenéutica no sólo es una técnica que se vincula con la interpretación del derecho positivo sino que utiliza también principios o directivas que exigen conciliar lo que es propio de todo sistema ju-

128 Cfr. MESTRE DELGADO, Juan F., *La Extinción de la Concesión de Servicio Público*, pág. 79 y sigs., Madrid, 1992.

129 V.gr. el traslado a la tarifa del aumento del precio del gas que adquieren los distribuidores (art. 37, inc. 5° del reglamento del Marco Regulatorio, aprobado por dec. 1738/92). Igualmente, el traslado a la tarifa telefónica de los incrementos en los índices de precios al consumidor, conforme lo hemos puntualizado *ut supra*.

130 En general, los distintos ordenamientos sectoriales admiten, en tales supuestos, la modificación tarifaria: véase: art. 7°, inc. 4° del dec. 1143/91 (marco regulatorio del transporte ferroviario del área metropolitana) que prescribe la posibilidad de compensar con subsidios el déficit de la tarifa en relación al costo global de los servicios, los costos de inversión, los de explotación y una utilidad razonable; arts. 48 y 57 de la ley 24.076; art. 46 de la ley 24.065, concordante con los arts. 40 y 41 de dicha ley; en el Marco Regulatorio del servicio de agua potable y desagües cloacales también se admite la revisión (ordinaria y extraordinaria) de la tarifa (art. 46).

131 Véase: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. III-B, nro. 1141, págs. 562-563.

rídico (incluidas sus reglas interpretativas) [132] con los elementos que proporcionan la realidad en cada caso determinado y los principios generales del derecho [133]. Particularmente, en la interpretación de los marcos regulatorios hay que destacar el papel que desempeñan los principios generales del Derecho Administrativo [134].

Este método interpretativo de carácter tridimensional [135] trasciende el ámbito de la hermenéutica normológica a que se ceñía la interpretación positivista y tiene en cuenta tanto la realidad como el orden de los valores (justicia). En ese contexto, ya se trate de actos de alcance general como de actos de alcance individual que tienden a escoger una solución concreta para el caso, rigen en esos ámbitos una serie de principios de interpretación o pautas aplicables, a saber:

A) La interpretación integrativa de los fines u objetivos fijados en los marcos regulatorios y la protección de los usuarios

La armonización del rango de cada uno de los fines dentro del conjunto de los objetivos demanda muchas veces una interpretación integrativa que resuelva el conflicto entre ellos —sin asignarle como regla general— prevalencia a uno sobre otro. De ese modo, si uno de los fines de los marcos regulatorios consiste en la protección de los usuarios o consumidores, esta protección no puede traspasar las normas regulatorias y las cláusulas de los contratos de concesión o licencia afectando los derechos de los concesionarios o licenciatarios. Tampoco se podría interpretar que corresponde beneficiar al usuario en perjuicio de la calidad técnica del servicio. Se trata de un límite implícito de los poderes que tienen asignados los entes regulatorios para proteger a los usuarios.

Por lo demás, la Administración no ejerce la representación de los usuarios y menos aun la tienen los entes regulatorios que han de actuar con imparcialidad en el ejercicio de las funciones que tienen a su cargo, muchas de ellas de naturaleza típicamente jurisdiccional. Si la Administración tuviera la representación de los usuarios, care-

132 *Vid.* VILLAR PALASI, José L., "Consideraciones sobre el sistema jurídico", en RAP, nro. 100 a 102, pág. 509 y sigs.

133 Véase: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, pág. 44, Madrid, 1993.

134 Ampliar en nuestro libro: *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, pág. 43 y sigs., Buenos Aires, 1988.

135 GOLSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, pág. 18 y sigs., especialmente pág. 258 y sigs., Buenos Aires, 1973.

cería de sentido el procedimiento de Audiencia Pública donde los usuarios actúan ante los propios entes regulatorios en defensa de un interés común.

B) Flexibilidad de la interpretación en el ámbito de la regulación económica y contratos de concesión o licencia

Se ha dicho que la realidad económica hace que la Administración tenga que enfrentarse, con frecuencia, con "supuestos de difícil penetración jurídica", heterogéneos y complejos y que la exigencia de obrar con celeridad impuesta muchas veces por la coyuntura obliga a una flexibilidad en su actuación que supera todo formalismo [136].

Por aplicación de este principio, por ejemplo, la proyección de la igualdad licitaria queda limitada por las modificaciones que se introduzcan *a posteriori*, siempre que no se altere la esencia y fines del contrato de concesión o licencia y el cambio de circunstancias hubiera obligado igualmente a modificar el contrato cualquiera fuere el adjudicatario [137].

Otro supuesto de flexibilidad lo proporciona la interpretación de los contratos de concesión de distribución de electricidad, a través de la cual el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires han reconocido la situación especial de los barrios carenciados y asentamientos de emergencia, estableciendo una regulación no prevista en el contrato de concesión. Esta nueva regulación, instrumentada en un denominado Acuerdo Marco, implica una modificación del contrato de concesión en lo que respecta a la no aplicación de las normas de calidad del servicio aguas arriba de los centros de transformación vinculados a los asentamientos y barrios carenciados [138].

Pero, en definitiva, la flexibilidad de la actuación de la Administración y su informalismo no deben conducir al desconocimiento de las garantías y derechos que fluyen del ordenamiento jurídico [139], principalmente de la Constitución y de los principios generales del derecho [140].

136 RETORTILLO BAQUER, Sebastián M., *op. cit.*, t. II, pág. 60.

137 CASSAGNE, Juan C., *Cuestiones de Derecho Administrativo*, pág. 84, Buenos Aires, 1987.

138 Aprobado por dec. 584/94 del Poder Ejecutivo nacional y dec. 1495/94 del Gobernador de la Provincia de Buenos Aires; art. 9°, inc. b, si bien esta excepción debe hallarse autorizada por el ENRE.

139 Cfr. RETORTILLO BAQUER, Sebastián M., *op. cit.*, t. I, pág. 61.

140 CASSAGNE, Juan C., *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, cit.

C) El carácter restrictivo de las actuaciones públicas que limitan las libertades económicas

Se ha señalado con acierto que la desregulación y el consecuente aumento de las libertades económicas no genera la eliminación del poder del Estado y que, al contrario, puede ocurrir que se acreciente [141] a raíz de la necesidad que tiene el Estado moderno de estimular y, en algunos casos, regular la libre competencia y combatir los abusos monopólicos.

Nuestra Constitución reconoce, explícitamente, entre los derechos constitucionales básicos el de libertad para el ejercicio de las actividades industriales y comerciales (art. 14, Const. Nac.). Se trata, en el más amplio sentido, de la libertad económica, comprensiva de la libertad de empresa, base imprescindible del sistema económico de mercado que reconoce la libre función del capital y de las iniciativas individuales, a condición de que sean lícitas.

El ejercicio de las libertades económicas y puntualmente, el ejercicio del comercio e industria, son como apunta Bidart Campos: *actividades humanas y en cuanto humanas, privadas, es decir libradas a la iniciativa de los particulares* [142] por lo que rige con plenitud en esta materia el principio de subsidiariedad. De ahí deriva el corolario que sustenta el carácter restrictivo de toda intervención administrativa que limite las libertades [143].

Hay que tener en cuenta, además, que si bien en todo sistema constitucional no hay derechos absolutos, ello no implica que las regulaciones económicas puedan cercenar o suprimir el respectivo derecho ya que como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación *reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad* [144].

Los límites del poder regulatorio del Estado se encuentran, en primer lugar, en la propia Constitución (principio de legalidad, no confiscación, no configuración de figuras penales y de tributos sin ley

141 SORIANO GARCÍA, José Eugenio, *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*, págs. 9-10, Bolonia, 1993.

142 BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, pág. 271, Buenos Aires, 1984.

143 *Vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, t. I, pág. 124, Pamplona, 1987, señala que: "el derecho administrativo encuentra su justificación última en hacer más libre al hombre mediante el condicionamiento y limitación de la actuación de los poderes públicos, actuación que habrá de ajustarse no sólo a la ley sino también al derecho, que es previo a la ley".

144 *Fallos*, 136:171, en el conocido caso "Ercolano c/ Lanteri Renshaw".

previa, etc.) y entre los principios constitucionales que de un modo especial figuran en el capítulo de las limitaciones del poder regulatorio del Estado, hay dos que lo encabezan y que aparecen, casi siempre, recíprocamente influenciados: son los principios de razonabilidad e igualdad. El primero de ellos, corolario del art. 28 de nuestra Constitución, incluye tanto la llamada razonabilidad en la selección de los supuestos de hecho que contempla la regulación como en la adecuación o proporción entre los motivos y fines de la ley frente a las medidas restrictivas que impone a los particulares [145] mientras que la igualdad comporta esencialmente lo que en los marcos regulatorios se vincula con la exigencia legal de no discriminación, circunscripta específicamente al mercado respectivo.

En este sentido, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se desprende que lo esencial de este principio radica en la garantía —a favor de los particulares— de que no se establezcan en las leyes, reglamentos, y aun en las actuaciones concretas y singulares de la Administración, distinciones arbitrarias o fundadas en propósitos de hostilidad contra las personas o que importen el otorgamiento indebido de privilegios [146].

Ahora bien, volviendo al principio que afirma el carácter restrictivo de la intervención económica de la Administración limitativa de las libertades hay que recordar que, en el derecho español, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentado algunas pautas de interpretación que son perfectamente compatibles con nuestro ordenamiento jurídico y la protección de las libertades económicas. Así, se ha entendido que existe la obligación de elegir los medios que impliquen la menor restricción a la libertad (*STS*, 15-VI-1981), los que resultan menos lesivos a los derechos de los administrados (*STS*, 14-II-1977), como también que no es posible imponer cargas, obligaciones o prestaciones que resulten más gravosas que las medidas que sean necesarias para cumplir con el interés público (*STS*, 17-VI-1981), lo que configura, según la doctrina, un principio general del derecho, incuestionable después de la sanción del art. 38 de la CE [147].

145 Ampliar en: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, nro. 1611 d), pág. 681 y sigs., Buenos Aires, 1987; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, t. III, pág. 356 y sigs., Buenos Aires, 1985.

146 *Fallos*, 115:111; 132:410; 203:701.

147 Cfr. RETORTILLO BAQUER, Sebastián M., *op. cit.*, t. I, pág. 172.

15. LA RESPONSABILIDAD DE LAS CONCESIONARIAS Y LICENCIATARIAS FRENTE A LOS USUARIOS POR DAÑOS OCASIONADOS POR INTERRUPCIONES DEL SERVICIO

Los sistemas de responsabilidad en materia de concesiones y la licencia de servicios públicos cuando se interrumpen los suministros o prestaciones y se ocasionan daños a los usuarios requieren de fórmulas de equilibrio que, como en el caso del transporte aéreo, permitan la limitación de responsabilidades, algunas veces en base a regímenes o cláusulas de naturaleza objetiva e incluso de cláusulas de exención de responsabilidad por causas ajenas a la prestataria [148].

Para ello, juegan fundamentalmente consideraciones económicas que hacen al valor de la tarifa, la configuración y estado de la red así como el nivel de inversiones que será menor a medida que aumente el riesgo empresario derivado de una responsabilidad civil por la actividad riesgosa.

Se impone pues una ecuación equilibrada que preserve el interés de la comunidad en no encarecer las tarifas con riesgos no acotados que, en definitiva, serán trasladados a las tarifas, o bien, implicarán una reducción de las inversiones de las concesionarias o licenciatarias.

Sin embargo, una reciente jurisprudencia de una de las Salas en lo Contencioso Administrativo Federal [149] sostuvo que, en el caso de interrupción del suministro del servicio eléctrico, correspondía aplicar directamente el Código Civil por sobre la fórmula de responsabilidad objetiva y limitada prevista en el Sub-Anexo 4 del Contrato de Concesión, condenando a la distribuidora eléctrica a la indemnización del lucro cesante.

Creemos que se trata de una jurisprudencia errónea por cuanto corresponde, en tales casos, aplicar la cláusula del contrato de concesión de servicios que, como tal, configura una relación contractual de Derecho Administrativo cuyos efectos se proyectan (además de los que se generan entre las partes) con relación a terceros que no han sido partes del contrato.

148 *Vid.* por ejemplo, el art. 11, inc. c) del Reglamento de Servicio aplicable a las distribuidoras de gas natural. Sobre la limitación de la responsabilidad de empresas distribuidoras de energía eléctrica en los regímenes europeos, véase: BARREIRO, Rubén, "Naturaleza jurídica de la relación concesionario-usuario y responsabilidades emergentes", en el libro: *Jornadas sobre Servicio Público de Electricidad*, publicación del ENRE, pág. 270 y sigs., Buenos Aires, 1995.

149 CNac. Cont. Adm. Fed., sala I, 15-X-1998, en el caso: "Ángel Estrada y Cía., SA c/ resol. 71/96-Sec. Ener. y Puertos", ED, t. 187, pág. 982 y sigs.

Precisamente, esta circunstancia, que refleja la presencia de uno de los elementos del régimen administrativo propio del contrato de concesión de servicios públicos, indica la prevalencia que cabe atribuir al Derecho Administrativo sobre el Código Civil, cuya aplicación sólo sería pertinente por analogía y nunca en forma directa.

Dicha precedencia, en virtud de la autonomía del Derecho Administrativo, corresponde tanto si la cláusula de responsabilidad se encuentra establecida en la ley o en el contrato pues no se trata de contraponer el Código Civil a un contrato sino de aplicar soluciones previstas para un ordenamiento diferente que pertenece al Derecho Público, en cuyo ámbito se resuelven, en principio, los problemas que plantea la aplicación e interpretación de una cláusula contractual de la concesión o licencia de servicios públicos.

De lo contrario podrían hasta duplicarse las indemnizaciones debidas a los usuarios y el quiebre de la ecuación económico-financiera de cada concesión se produciría indefectiblemente si ocurren interrupciones o emergencias por plazos mayores a los normales o corrientes.

16. EL MANTENIMIENTO DEL SERVICIO UNIVERSAL Y LA TRANSICIÓN HACIA UN RÉGIMEN MÁS ABIERTO Y COMPETITIVO

Se sostiene, en el plano de la técnica, que prácticamente todos los servicios públicos pueden prestarse bajo un régimen competitivo y abierto, de modo que la liberalización de ellos provocaría un incentivo para la realización de nuevas inversiones y el acceso a las redes de distribución para comercializar las prestaciones a un precio de mercado que, por resultar del juego de la oferta y la demanda, sería el menor que paguen los usuarios o clientes de los servicios sin la injerencia del Estado regulador (lo que resultaría ventajoso).

Sin embargo, como también se sostiene que la propiedad de las redes se encuentra, en general, en cabeza de una empresa o muy pocas y como, además, desde el punto de vista geográfico, ambiental y económico resulta imposible la instalación de muchas redes de distribución en las zonas territoriales que demandan los servicios, el problema fundamental que plantea la apertura de la competencia se centra en la determinación de los llamados derechos de conexión o peajes que permiten el acceso y la utilización de las redes. ¿Quién los fija y en base a qué criterio?

Como se trata de abrir la competencia, y dada la posición monopólica o dominante de los propietarios de las redes, tales derechos

sólo pueden ser fijados por el Estado como titular de la potestad regulatoria, lo cual, desde luego, no impide que, sin enajenar sus potestades, pueda regular su ejercicio en los respectivos contratos de concesión o licencia.

Los criterios para fijarlos pueden ser múltiples y variados, debiendo adaptarse a las modalidades de cada servicio. En cualquier caso, ellos tienen que respetar el mantenimiento de la ecuación económica financiera de las concesiones existentes (salvo que se indemnice o compense a sus dueños de otro modo) y contemplar, sobretodo, el financiamiento de los denominados servicios universales que son aquellos que el Estado considera servicios básicos mínimos a los que todos los ciudadanos tienen derecho a acceder así como los que se prestan en zonas no rentables [150].

En resumidas cuentas, la cuestión pasa por hacer compatible el servicio competitivo con el servicio universal y trazar las reglas de separación entre uno y otro, lo cual entraña una serie de dificultades que van desde la determinación de las tarifas y su diversificación [151] (incluyendo el análisis de los subsidios cruzados), hasta la distribución equitativa de los mayores costos que irroga el servicio universal. Y aquí juega el principio de solidaridad que conduce, en casos excepcionales, al establecimiento, incluso, de tarifas sociales.

Con todo hay que evitar, como se ha señalado, el riesgo de que la teoría contradiga la realidad [152] ya que el costo de desandar las situaciones consolidadas (concesiones con exclusividad zonal, por ejemplo) puede ser mayor para los ciudadanos, sin reparar en las indemnizaciones que debería abonar el Estado por el cambio de régimen.

Tampoco es justo que esto se lleve a cabo en forma encubierta (Ej.: rebaja unilateral de los niveles de las categorías de grandes usuarios) sino que tendrá que ser producto de un consenso entre las partes involucradas, dentro de un clima de seguridad jurídica y transparencia, en las que se basa la confianza de los inversores.

150 Según anota Bianchi se trata de un concepto antiguo —nacido en el campo de las telecomunicaciones— proveniente de Theodore Vail, un empresario norteamericano (Cfr.: BIANCHI, Alberto B., "La regulación económica en Estados Unidos", REDA, nro. 32, págs. 403-404, Buenos Aires, diciembre-1999).

151 Véase: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *op. cit.*, pág. 586, quien considera que las tarifas diversificadas son compatibles con el servicio universal.

152 ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *op. cit.*, pág. 581.

17. EXCURSO SOBRE LA APLICACIÓN DE DOS CONCEPCIONES BÁSICAS DEL DERECHO NORTEAMERICANO: A) LA TEORÍA DE LA DEFERENCIA Y B) LA LLAMADA JURISDICCIÓN PRIMARIA

Como es sabido, el Derecho Administrativo norteamericano se montó alrededor de una serie de decisiones jurisprudenciales que afirmaron la especialidad del derecho destinado a regir la actividad de las agencias o entes reguladores en comparación con las clásicas reglas del *common law*, típicas del Derecho Privado.

En el conjunto de ese derecho, que se extendió de modo tal que terminó incorporando regulaciones específicas en el plano legislativo, se destacan nítidamente dos concepciones, cuya aplicación al caso argentino corresponde analizar habida cuenta que los entes reguladores constituyen una de las pocas instituciones de nuestro Derecho Administrativo que hunde sus raíces en el modelo de las agencias reguladoras independientes del derecho norteamericano [153].

Como es sabido, el derecho norteamericano se orientó hacia la restricción del control judicial para juzgar la legalidad de la actividad administrativa y reglamentaria de las agencias reguladoras independientes a través de dos construcciones jurisprudenciales distintas: la teoría de la deferencia, por una parte, y la concepción de la jurisdicción primaria, por la otra.

Como lo ha puesto de relieve recientemente Bianchi [154] ambas concepciones tienen diferentes posibilidades de ser aplicadas en nuestro derecho. En efecto, si la teoría de la deferencia implica restringir el control judicial sólo a los casos en que la interpretación del ente regulador prevalece en la medida en que no sea manifiestamente errónea o contradictoria con la regulación o bien, en la medida en que sea razonable cuando la ley es insuficiente o ambigua (doctrina de los casos "Bowles c/ Seminole Rock & Sand Co" y "Chevron" de la Corte Suprema norteamericana), resulta evidente que ella choca con la concepción dominante en nuestro derecho constitucional y administrativo, según la cual el control judicial debe ser suficiente, con amplitud de debate y prueba (conforme a la jurisprudencia de nues-

153 Cfr. GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. XV-13, 5ª ed., FDA, Buenos Aires, 1998; COMADIRA, Julio R., "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados (con particular referencia a ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS)", ED, t. 162, pág. 1134 y nuestro trabajo: "Los nuevos entes regulatorios", Depalma, REDA, nro. 14, Buenos Aires, 1993, págs. 485-486.

154 Cfr. BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, t. I, pág. 287 y sigs., Ábaco, Buenos Aires, 2001.

tra Corte Suprema en el conocido caso "Fernández Arias" [155]). De allí surge que la interpretación existente en el Derecho Público sea más garantística, en principio, pues los tribunales suelen aplicar, en forma quizás inconsciente, la teoría de la deferencia, cuando la interpretación de los entes favorece a los usuarios y, a la inversa, suelen ignorarla cuando consideran que beneficia a las empresas prestadoras de servicios públicos.

A nuestro juicio, no existen obstáculos constitucionales para aplicar la teoría de la deferencia, siempre que los entes reguladores sean integrados por funcionarios especializados, honestos e independientes de la influencia política, porque es indudable que la complejidad técnica de las cuestiones que se suscitan conduce a que tal sistema, bajo esas condiciones, sea preferible al de la revisión judicial amplia por tribunales que no están capacitados para conocer las condiciones financieras y tecnológicas de cada servicio público. Pero hasta tanto se cumplan tales condiciones resulta preferible aplicar la tesis del control judicial plena y suficiente.

De otra parte, en lo que concierne a la llamada jurisdicción primaria, la cual no hay que confundir con la teoría del agotamiento de la instancia administrativa (que para algunos autores como Schwartz son como dos caras de la misma moneda) [156] ello implica dos tipos de controversias: a) aquellas que se sustraen de la competencia de los tribunales (caso "Abilene Oil Cotton Co") y b) los conflictos (o las cuestiones) en las cuales una vez iniciado un caso judicial los jueces deben resignar su jurisdicción a favor del ente regulador (caso "Far East Conference") [157].

Ahora bien, en el estado actual de evolución de nuestro Derecho Público nada impide aceptar la teoría de la jurisdicción primaria, en la medida en que se trate de entes creados por leyes y caracterizados por su especialización, imparcialidad e independencia, la cual se circunscribe a la circunstancia de atribuir jurisdicción privativa y excluyente con el objeto de que los entes reguladores resuelvan contro-

155 *Fallos*, 247:646.

156 SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, pág. 533, 3ª ed., Little Brown & Co., 1991, pág. 561 (libro que hemos tenido a la vista aunque la cita ha sido hecha por Bianchi en la obra antes citada, pág. 291) y PERRINO, Pablo E., *El Régimen del Agotamiento de la Vía Administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo Bonaerense*, en obra colectiva dirigida por CASSAGNE - GORDILLO, *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, pág. 271, Platense, La Plata, 2000.

157 Cfr. BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, t. I, pág. 295, Ábaco, Buenos Aires, 2001.

versias entre particulares como si fueran tribunales de primera instancia, siempre que se deje expedita la posterior vía judicial.

Con ello queda a nuestro juicio salvada la constitucionalidad de la atribución de funciones jurisdiccionales a entidades pertenecientes a la Administración Pública conforme a la interpretación dinámica que cabe asignar al art. 109 (ex art. 95) de la Const. Nac. que venimos desde hace tiempo propiciando junto con un sector de la doctrina y la jurisprudencia.

Queda en pie la cuestión concerniente al alcance de la revisión judicial, tema que aquí resulta similar al planteado respecto de la aplicación de la doctrina de la deferencia, sobre la que hemos expuesto precedentemente nuestro punto de vista.

18. Las sanciones previstas en los marcos regulatorios: tipos de sanciones y principios aplicables. Naturaleza del acto administrativo sancionatorio

Las infracciones o incumplimientos de las leyes y reglamentos así como de los contratos de concesión o licencia se encuentran regulados de distinto modo conforme al tipo de cada sanción. Cuando las sanciones, por su carácter preventivo o represivo, poseen naturaleza penal administrativa se aplican todos los principios propios del derecho penal sustantivo (v.gr. legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, *non bis in idem*, etc.) [158].

Ahora bien, en los marcos regulatorios no se han tipificado sanciones específicas para los prestadores de los respectivos servicios, lo que implica una remisión a los contratos de concesión o licencia efectuada expresamente en algunos casos [159] y en otros en forma implícita, aunque el vacío legal ha sido cubierto *a posteriori* por la reglamentación [160]. Las sanciones previstas, por ejemplo, en el marco regulatorio eléctrico tienen como sujetos a los terceros no prestadores y consisten en: *a)* multas, *b)* inhabilitación especial, *c)* suspensión en la prestación de servicios, y *d)* decomiso [161].

En lo que concierne a los principios aplicables al procedimiento de aplicación de sanciones hay que señalar el deber constitucional y

158 Con respecto a las distintas cuestiones que se plantean en torno a la aplicación de estos principios nos remitimos al artículo "En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del derecho penal", en ED, t. 143, pág. 939.

159 Art. 78, ley 24.065.

160 Dec. 1738/92, reglamentación a los arts. 71 a 73, ley 24.076.

161 Art. 77, ley 24.06; un criterio similar ha seguido el art. 71 de la ley 24.076 (Gas).

legal [162] de la observancia de las reglas del debido proceso que les imponen los marcos regulatorios a los entes. Esta garantía, que reglamenta el derecho de defensa en juicio previsto en el art. 18 de la Const. Nac., exige que se respeten los tres derechos básicos en que se descompone: *a)* derecho a ser oído, antes de la decisión que afecte al particular en sus derechos subjetivos o intereses legítimos; *b)* derecho a ofrecer y producir prueba pertinente para la solución del caso, y *c)* derecho a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas [163].

En cuanto a la gradación de las sanciones el criterio que debe respetarse es el de razonabilidad o proporcionalidad. En este aspecto, en la reglamentación del Marco Regulatorio del Gas, se sientan algunos criterios que vienen a reglar, y consecuentemente a limitar el poder sancionatorio, los que rigen, por analogía, en los restantes marcos regulatorios (en atención al vacío normativo). En tal sentido, dicha reglamentación [164] estatuye que las sanciones se graduarán en atención a las siguientes pautas: *a)* la gravedad y reiteración de la infracción; *b)* las dificultades o perjuicios que la infracción ocasione a los usuarios del servicio prestado o a terceros; *c)* el grado de afectación del interés público; *d)* el grado de cumplimiento de las condiciones fijadas en la habilitación respecto del servicio en cuestión, y *e)* el ocultamiento deliberado de la situación infraccional mediante registraciones incorrectas, declaraciones erróneas u otros arbitrios análogos.

Interesa puntualizar, por último, que no se considera infracción el incumplimiento derivado de fuerza mayor o el originado en causas no imputables al prestador, lo cual no excluye la necesidad de acreditar la culpa (salvo que se tratare de un supuesto de responsabilidad objetiva que, en principio, requiere norma o pacto expreso en el contrato de concesión o de licencia), al igual que aquellos supuestos en que el prestador corrige o cesa en su incumplimiento ante la intimación que le curse el ente [165].

162 Art. 56, inc. m) y 81 de la ley 24.065.

163 Cfr. art. 1°, inc. f, ley 19.549. Por aplicación de este principio, la práctica administrativa, seguida por algunos entes regulatorios, de denegar medidas de prueba en sumarios donde se discuten aspectos fácticos resulta ilegítima y arbitraria.

164 Dec. 1738/92, reglamentación de los arts. 71 a 73 de la ley 24.076, inc. 2°.

165 Cfr. dec. 1738/92, reglamentación de los arts. 71 a 73 de la ley 24.076, inc. 3°.

19. RÉGIMEN DE LOS BIENES: LO ATINENTE A LA REVERSIÓN EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN O DE LICENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. EL RESCATE

Con independencia de los bienes que pertenecen *ab initio* al concedente que se justifica reviertan al concesionario al finalizar la concesión [166] en virtud de haber sido amortizados durante el plazo de la concesión, los bienes que aporte o adquiera el concesionario integran su dominio. Esta postura es compatible con el concepto constitucional del derecho de propiedad que nuestra Constitución ha garantizado en su art. 17, incluyéndose dentro de ella todas las razones (construcciones o instalaciones) que el concesionario hubiere realizado sobre los bienes del Estado, aun tratándose de los bienes del dominio público cuya utilización le facilitó el concedente [167].

Un problema jurídico de trascendencia se plantea con respecto a la denominada reversión de los bienes que, para alguna doctrina ya superada constituía una regla general, implícita en el contrato de concesión, al operarse su extinción por vencimiento del plazo, caducidad o rescate.

El origen de la reversión que se conectaba con el desarrollo de la figura contractual de la concesión de obra pública, donde constituía una cláusula política destinada a resguardar la propiedad de la corona, ha sido actualmente superado sosteniéndose que, en definitiva, no es otra cosa que una cláusula económica [168].

En rigor, la reversión de los bienes del concesionario no puede considerarse una cláusula implícita del contrato de concesión o licencia, ya que la voluntad de perder el dominio no se presume (como en general la renuncia de derechos) y toda cláusula de renuncia al derecho de propiedad es de interpretación restrictiva [169].

Una solución similar corresponde aplicar para el rescate de la concesión por el concedente, debiéndose advertir que en la reglamentación del marco regulatorio del gas [170] la facultad de proceder al res-

166 Véase: DUFAU, Jean, *op. cit.*, pág. 138 y sigs. En el derecho francés se denominan bienes de *retour* que se diferencian de los bienes de *reprise*, que son aquellos que el concedente tiene derecho a que reviertan al Estado. Además, existen los bienes propios del concesionario.

167 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. III-B, nro. 1180, pág. 630.

168 Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "El dogma de la reversión de las concesiones", en *Dos Estudios sobre la Usucapión en Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1974.

169 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. III-B, pág. 639.

170 Art. 4°, inc. 5° del reglamento aprobado por dec. 1738/92. Por lo demás, el rescate

cate de la licencia ha sido expresamente interdicta, norma plausible que otorga una mayor estabilidad a la relación bilateral que vincula al concedente con el concesionario.

En cambio, en otros regímenes, como en el Marco Regulatorio de los servicios públicos de provisión de agua potable y desagües cloacales, se prescribe que a la extinción de la concesión se transferirán sin cargo al Estado todos los bienes afectados al servicio [171].

Los inconvenientes y desventajas que plantea tanto el rescate como la cláusula de reversión de los bienes al Estado son suficientemente conocidos por las anteriores experiencias, donde el concesionario dejaba de hacer mejoras en el servicio ante la eventual pérdida gratuita de las inversiones realizadas, máxime cuando los respectivos bienes ya habían sido amortizados. Para solucionar este problema, que se plantea incluso en el supuesto de vencimiento normal del plazo de las concesiones, se ha pactado en las concesiones del servicio de distribución de energía eléctrica, un sistema novedoso que consiste en licitaciones periódicas del paquete accionario del grupo controlante, que se efectúan cada quince (15) años, dentro del plazo de la concesión [172].

La utilización de la técnica del rescate para finalidades políticas o económicas constituye una de las amenazas más generales que se cierne sobre el proceso de privatizaciones y es necesario que el Derecho Administrativo moderno encuentre el equilibrio para que el sistema jurídico brinde la mayor seguridad jurídica a las inversiones. Por ello, pensamos que el rescate requiere siempre base legal y contractual que asegure, además, el cumplimiento de todas las garantías inherentes a la propiedad (art. 17, Const. Nac.) ya que, en el fondo, constituye un sacrificio al particular impuesto por causa de utilidad pública (la reorganización del servicio) [173].

---

sólo puede imponerse por ley y previo cumplimiento de las garantías constitucionales consagradas en el art. 17 de la Const. Nac.

171 Art. 64 del Marco Regulatorio aprobado por dec. 999/92.

172 El plazo de la concesión es de noventa y cinco (95) años; Véase: arts. 3° a 11 del contrato de concesión de Edenor.

173 Véase: PRITZ, Osvaldo A. F., "El rescate", en *Los Servicios Públicos*, cap. III, Depalma, Buenos Aires, 1994.

CAPÍTULO IV

LA EMERGENCIA Y SU INCIDENCIA EN LOS CONTRATOS QUE TIENEN POR OBJETO LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

SUMARIO

1. Un Estado basado en la legislación de emergencia es la negación de la libertad.
2. El estado de necesidad como fundamento de la emergencia y la doctrina de la "ética de mínima".
3. El problema de los límites constitucionales de la emergencia. Los reglamentos de necesidad y urgencia.
4. Los principios de la ley 25.561 en los contratos públicos.

CAPÍTULO IV

LA EMERGENCIA Y SU INCIDENCIA EN LOS CONTRATOS QUE TIENEN POR OBJETO LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. UN ESTADO BASADO EN LA LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA ES LA NEGACIÓN DE LA LIBERTAD

En los últimos años, el Estado argentino ha transitado por un camino sinuoso, creando —por acción u omisión— grandes obstáculos que impidieron la marcha correcta y aun la subsistencia de sus principales instituciones.

La experiencia ha venido a demostrar, una vez más, que los éxitos económicos iniciales alcanzados a partir del proceso de reforma del Estado, no fueron acompañados por políticas públicas coherentes con la transformación operada que siguió, en gran parte, las pautas de la globalización económica del mundo.

Lejos estamos de pretender describir, en este trabajo, lo bueno y lo malo de la reforma del Estado iniciada en 1989, y menos aún, de las políticas fiscal y monetaria seguidas por los distintos gobiernos que la ejecutaron. Pero hay algunos hechos que, no obstante que parecían definitivamente anclados en el pasado y casi borrados de la memoria colectiva, han vuelto a resurgir con una fuerza y extensión extraordinarias.

Lo cierto es que fuera de otros vicios que anidan tanto en los gobernantes de turno, como en la sociedad misma, el sistema legal argentino ha transitado en los tres períodos constitucionales que siguieron al advenimiento de la democracia, un estado de emergencia permanente [1],

[1] La literatura sobre la emergencia ha sido en los últimos años tan nutrida como constante; véase además de los citados en el curso de este trabajo, entre otros, los estudios

que ha terminado por minar las bases en que se apoyaban las instituciones generando una inseguridad jurídica mayúscula.

Lo increíble de todo esto es que, pese a ese *status* irregular del sistema, hayamos podido atraer importantes inversiones privadas que ahora enfrentan el dilema de subsistir o retirarse del escenario en que actúan, o bien, restringir sus actividades, lo que no podrá impedirse por más que algún dirigente político sueñe que basta con dictar alguna ley o decreto para que ello no ocurra.

A una situación de emergencia puede llegarse por varias causas; algunas son ajenas al Estado y otras provocadas por su directo accionar. Lo típico que ha venido caracterizando las diferentes situaciones de emergencia (y las consecuentes leyes o decretos de necesidad y urgencia) es el hecho de que su origen deriva, fundamentalmente, de actos de los poderes públicos (del Congreso y de la Administración).

A su vez, la construcción —artificial o no— de continuas leyes de emergencia las despoja de su excepcionalidad y transforma situaciones que, por su naturaleza deben ser transitorias, en situaciones permanentes y definitivas. Esta mutación radical conduce, como se verá seguidamente, a la paradoja de que lo normal y ordinario del sistema legislativo sea, precisamente, su anormalidad.

En efecto, si, como es sabido, la emergencia permite que, en forma transitoria, se comprima o limite el ejercicio del derecho de propiedad de los ciudadanos, el solo hecho de que numerosas leyes y decretos (cuyo enunciado resulta obvio realizar aquí) la hayan decretado hace que el derecho de gozar, usar y disponer de los bienes que aquellos precisan para el desarrollo de su dignidad personal y social se vea afectado de tal modo que torne ilusoria su propia existencia y la garantía constitucional que instituyó nuestra sabia Constitución histórica de 1853 en las cláusulas que le confieren protección, particularmente en los arts. 14 y 17 de la Const. Nac.

En ese contexto, las relaciones jurídicas que nacen de los contratos regidos por el Derecho Público celebrados entre la Administración y los particulares resultan las más afectadas por cuanto su recomposición, al depender directamente de las finanzas públicas, encuentra mayores dificultades para restablecer el equilibrio alterado por la violación del *pacta sunt servanda*, máxime cuando la economía se desploma por la pérdida del valor de la moneda y la caída del

---

de: BIANCHI, Alberto B., "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", LL, t. 1991-C, pág. 141; y HALPERIN, David - CANOSA, Armando N. - MARTORELLO, Beatriz R., *Emergencia Económica. Ley 25.344*, Buenos Aires, 2001.

nivel relativo de ingresos de los actores económicos que dan sustento a las distintas ecuaciones financieras de los contratos, cuyos desequilibrios aumentan cuando se generan, al propio tiempo, dificultades internas y externas para acceder al crédito en condiciones razonables de competitividad (disponibilidad y tasa de interés).

De cara a esta situación, caótica en el plano económico, poco pueden hacer los remedios tradicionales que brinda el Derecho Administrativo, pues se invierte la regla de la solvencia estatal desapareciendo así el presupuesto básico que permite hacer jugar la responsabilidad del Estado, al menos en el orden interno.

Y mucho más importante que encontrar los culpables de la situación o de solucionar los problemas individuales que todos padecemos es tratar de restaurar el edificio que se desploma sobre la base de un plan de equilibrio fiscal y de estabilidad jurídica que devuelva a los particulares la confianza que han perdido en el funcionamiento normal de las instituciones del Estado.

Ese plan no podría limitarse sólo a la preservación del valor de la moneda, instrumento indispensable para los intercambios que se producen en el seno de cualquier economía, sino que debe encarar una profunda reforma de las instituciones estatales para colocarlas al servicio de la comunidad, eliminando los vicios más notorios del sistema político y administrativo, como son, entre otros, el desequilibrio de los presupuestos públicos y la evasión fiscal junto a la corrupción y la excesiva burocracia. La restauración debe ir así más allá de los valores económicos y comprender la moral pública y el buen orden de la Administración y demás órganos de los restantes poderes del Estado.

La anquilosis institucional que nos agobia, conduce a pensar si no será necesario encarar en el futuro una reforma constitucional que reduzca el llamado costo de la política y que implique limitar el dictado de medidas demagógicas y populistas, promoviendo, al propio tiempo, una renovación en los cuerpos representativos del Estado en todos sus niveles a fin de recuperar la confianza que la mayoría de los argentinos precisamos para invertir en el país y atraer nuevas inversiones del exterior. Pero, por el momento, ello no parece oportuno ya que podría introducir un nuevo factor de incertidumbre.

En ese marco, no hay que perder de vista la necesidad de establecer reglas razonables que garanticen la estabilidad de los contratos administrativos ya que de ellos depende la realización de obras públicas indispensables y la prestación de servicios esenciales a la población, habida cuenta que la actividad económica del modelo del

Estado Subsidiario, que empezó a regir tras la reforma de 1989 (alterada sucesivamente en los últimos años), debe necesariamente mantenerse en niveles de competitividad acordes con las exigencias de la globalización.

De la aplicación e interpretación razonable de la reciente ley de emergencia económica a los contratos regidos por el Derecho Público, así como de las fórmulas que se arbitren para corregir los desequilibrios provocados por los actos del propio Estado, dependen, en buena medida, las posibilidades que existen para salir de la profunda crisis en que estamos, sobre la base del principio del sacrificio compartido y con la mira puesta en que habrá que recrear las condiciones mínimas que hagan posible el crecimiento armónico de la economía.

2. EL ESTADO DE NECESIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA EMERGENCIA Y LA DOCTRINA DE LA "ÉTICA DE MÍNIMA"

Cuando nos referimos al estado de necesidad mentamos una situación de una realidad dada que nos obliga a actuar de una determinada manera o nos dispensa de hacerlo según las reglas ordinarias que rigen el curso de nuestras conductas.

Esta afirmación lleva de la mano otra: que en el orden jurídico constitucional así como en el Derecho Administrativo no cabe concebir un Estado de Necesidad con mayúsculas (a no ser por la costumbre de recalcar la trascendencia de ciertas instituciones) ya que si el Estado es la comunidad perfecta y soberana por excelencia no cabe que se funde en una situación de necesidad que lo justifique y absorba. Y menos aun, el Estado de Derecho, que es la fórmula que condensa la distribución de los poderes y las garantías debidas a los particulares, puede llegar a traducirse en un derecho de emergencia, entendido éste como el conjunto de normas que autorizan la suspensión transitoria de los derechos constitucionales o la dispensa de determinadas cláusulas de la Constitución, por la carencia de los supuestos de hecho reales previstos en las respectivas normas.

Esto último, que siempre se ha considerado como un remedio extraordinario a que acuden los Estados para defender la subsistencia de la sociedad o la propia conservación institucional, no constituye una suerte de *bill* de indemnidad que justifica el aumento de los poderes de los gobernantes sino que requiere ajustarse a la doctrina que Sagüés califica como "ética de mínima" [2].

2 SAGÜÉS, Néstor P., "Derecho Constitucional y derecho de emergencia", Separata de

Esta doctrina, que se funda en que la necesidad puede generar derecho *(necessitas jus constituit)* admite su funcionamiento como remedio extraordinario y restrictivo dentro de la Constitución, oponiéndose a la llamada "ética de máxima", que subordina el derecho y sus fines a la propia necesidad, como producto del poder de los gobernantes. Esta necesidad de Estado, sólo justificada en el poder, contraría los principios del derecho natural y constituye la negación del Estado de Derecho que es el principal basamento del orden constitucional en los países civilizados. La suerte de los derechos de propiedad, entre otros, y consecuentemente, la estabilidad de los contratos, podrían quedar sometidos a la decisión de los gobernantes de turno, sin respetarse los límites constitucionales y legales.

Se impone entonces la denominada "ética de mínima" cuyo fundamento puede ubicarse (como se dijo antes) en el principio de subsistencia de la sociedad y del Estado, o bien, como contrapartida, el derecho de la sociedad a poseer un Estado en el que anida un poder inherente a la defensa de la comunidad, con base en una interpretación extensiva de los derechos no enumerados que prescribe el art. 33 de la Const. Nac. [3].

3. EL PROBLEMA DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA EMERGENCIA. LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

Vamos a situarnos en el plano de la emergencia como opción constitucional. Aunque quizás pudiera llegar a sostenerse que, dado el estado de grave deterioro de las finanzas públicas, la cuestión hay que plantearla en el terreno de la denominada dispensa constitucional, aun en este supuesto anormal y extremo, no se podrían afectar elementales principios del derecho natural y positivo como son, por ejemplo, los principios de igualdad y de razonabilidad en sus distintas facetas aplicativas [4].

En cualquier caso, la configuración de la emergencia en el ámbito del Derecho Público, y fundamentalmente en los aspectos sustan-

---

la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, págs. 11-12, Anales, Año XXXV, Segunda Época, nro. 28, Buenos Aires, 1990, anota como antecedente de esta doctrina a Francisco Suárez, citado en el clásico trabajo de Rafael BIELSA titulado "El estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y administrativo" que publicó originariamente en el *Anuario del Instituto de Derecho Público*, t. III, pág. 85, Rosario, 1940.

[3] Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., *op. cit.*, pág. 36 y sigs.

[4] LINARES, Juan F., *La Razonabilidad de las Leyes. El Debido Proceso como Garantía Innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Buenos Aires, 1980.

tivos y procesales del Derecho Administrativo, condensa un conjunto de fórmulas preceptivas que justifican su encuadramiento en el orden constitucional, tal cual ha sido ella concebida en el modelo de la Constitución argentina y en su fuente norteamericana, las cuales han sido desarrolladas a través de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El contenido de esas reglas —propias del derecho consuetudinario constitucional— constituye un repertorio de principios que deben respetarse para asegurar la constitucionalidad de la legislación de emergencia, y tiene como punto de partida el reconocimiento de los hechos que configuran el estado de necesidad que origina la situación excepcional de emergencia, la cual puede justificar la delegación de facultades en el Poder Ejecutivo conforme al art. 76 de la Const. Nac. A partir de allí, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sentado una serie de exigencias que juegan como presupuestos para determinar la constitucionalidad de cualquier legislación de emergencia al pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes 23.696 y 23.697.

En algunos precedentes la Corte se ocupó de señalar las pautas que permiten definir una situación de grave perturbación social y económica, a los efectos de justificar el empleo de remedios extraordinarios y excepcionales [5].

Entre los principales requisitos establecidos por la Corte se cuentan:

(a) la emergencia no puede consistir en la supresión o aniquilamiento de los derechos constitucionales habida cuenta que las leyes que la consagran no pueden escapar a las garantías y normas señaladas por la Constitución Nacional y que la "Constitución es un estatuto para regular y garantir las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, y sus previsiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse. La sanción de una ley, aun de emergencia, presupone pues el sometimiento de la misma a la Constitución y el Derecho Público y administrativo del Estado en cuanto éste no ha sido derogado" [6]. En ese sentido, no habilitaría para frustrar un derecho adquirido por una ley o un contrato sino sólo a suspender su goce de un modo

5 *Fallos*, 313:1368 ("Videla Cuello") y 313:1513 ("Peralta").
6 JA, t. 26, pág. 903.

razonable entendiéndose que la suspensión no implica desnaturalizar el derecho constitucional regulado [7].

En resumidas cuentas y tal como se desprende de la doctrina judicial norteamericana, la emergencia no origina poderes inconstitucionales a favor de los gobernantes "ni suprime ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder otorgado o reservado" [8].

(b) el segundo de los requisitos constituye una derivación del señalado en el punto (a) precedente, con el propósito de que la nueva regulación no destruya o frustre definitivamente el derecho reglamentado, privándolo de eficacia práctica [9], exigiendo que la restricción o suspensión que prescribe la norma de emergencia sea transitoria [10].

En este aspecto, el art. 1° de la ley 25.561 al declarar la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delega una serie de facultades en el Poder Ejecutivo hasta el 10 de diciembre de 2003, sin perjuicio de prescribir otros plazos menores (vgr. art. 11, ley cit.).

(c) en tercer lugar, la ley de emergencia ha de soportar una suerte de *test* de razonabilidad que demanda, aparte de la acreditación de las circunstancias justificantes, que se den estos requisitos:

(i) existencia de una finalidad pública que consulte los intereses generales de la comunidad [11] sin imponer sacrificios especiales que recaigan sobre determinadas personas y excluyan arbitrariamente a otras;

(ii) una adecuada proporción entre los medios que prescribe la emergencia y los fines de bien común [12] que persigue la legislación.

En conclusión, el marco constitucional de la emergencia requiere que no se conculque de un modo definitivo el núcleo de derechos básicos de la Constitución, particularmente los derechos de propie-

7 *Fallos*, 243:467.

8 LINARES QUINTANA, Segundo V, "La legislación de emergencia en el derecho argentino y comparado", LL, t. 30, pág. 908 y sigs.

9 *Fallos*, 209:405.

10 La jurisprudencia de la Corte sobre el punto ha sido reiterada en numerosos precedentes, véase: *Fallos*, 136:171 ("Ercolano c/ Lantieri de Renschaw"); 200:450 ("Martini e hijos"); 202:456 ("Ghiraldo").

11 *Fallos*, 202:456; 238:76, entre otros.

12 *Fallos*, 200:450; 202:456, etc.

dad de los particulares (art. 17), el principio de igualdad ante la ley (art. 16) y la garantía de la razonabilidad o justicia consagrada en el art. 28 de la Const. Nac.

A su vez, cuando la legislación de emergencia delega en el Poder Ejecutivo facultades para dictar las medidas de excepción o de limitación de los derechos constitucionales resulta preceptivo el cumplimiento de los recaudos estatuidos en el art. 76 de la Const. Nac., a saber: a) declaración legislativa de la emergencia; b) fijación de un plazo para el ejercicio de las facultades delegadas y c) determinación de las bases de la delegación o de la política legislativa. Tal es el caso de la reciente ley 25.561 que, en este punto, se ajusta al referido precepto constitucional.

Finalmente, no hay que confundir el ejercicio de las facultades delegadas que el Poder Ejecutivo ejerce a través de los respectivos reglamentos conforme el art. 76 con la figura del reglamento de necesidad y urgencia que autoriza, a partir de la reforma constitucional de 1994, el nuevo art. 99, inc. 3° de la Const. Nac.

En efecto, este tipo de reglamento, también fundado en el estado de necesidad, puede comprender o no la limitación de los derechos constitucionales que es propia de la doctrina de la emergencia y establecer, por razones de urgencia imperiosa, normas que de ordinario, pertenecen a la competencia del Congreso, sujetas a la aprobación de este último [13].

4. LOS PRINCIPIOS DE LA LEY 25.561 EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

En primer lugar, cabe advertir que la ley 25.561 implica la pretensión de retornar tanto al sistema nominalista que rigió en el país aproximadamente hasta el año 1976 (modificado a partir de entonces por la jurisprudencia que admitió la actualización monetaria) como al mantenimiento de la interdicción de incorporar a los contratos mecanismos de indexación de precios o fórmulas de actualización de costos que prescribía la ley de convertibilidad [14].

Sin embargo, en los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios públicos, la rigidez de los principios de la ley de convertibilidad cedió frente a la necesidad de atraer inversiones privadas y garantizar razonables tasas de rentabilidad, lo que así fue reconoci-

[13] Este punto lo hemos desarrollado en nuestro *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 153-154, 6ª ed., Buenos Aires, 2000.

[14] Cfr. las modificaciones introducidas en los arts. 7° y 10 de la ley 23.928.

do por diversas leyes (vgr. las leyes que regulan los servicios de gas y electricidad) e incorporados mediante cláusulas específicas en los respectivos contratos de concesión o de licencia.

Hay que advertir también que la mencionada prohibición de utilizar mecanismos de actualización monetaria, indexaciones de precios o variaciones de costos rige "con las salvedades previstas en la presente ley" conforme el texto del art. 7º de la ley 23.398 (con las modificaciones introducidas por la ley 25.561), salvedades que, como se verá seguidamente, se aplican a los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios públicos.

El sistema que surge de los arts. 8º, 9º y 10 de la ley de emergencia 25.561 resulta bastante complejo y requiere de una interpretación armónica de sus prescripciones para que ellas tengan algún sentido jurídico y económico.

Por de pronto, su ámbito de aplicación es amplio y, a la vez, restrictivo. Su amplitud se revela a poco que se advierte que prácticamente todos los contratos regidos por el Derecho Público y no sólo los contratos administrativos típicos quedan comprendidos en la nueva regulación de emergencia (vgr. los contratos regidos parcialmente por el Derecho Privado que contengan elementos pertenecientes al Derecho Público, como la competencia y la forma). Pero, al propio tiempo, el ámbito de aplicación se circunscribe a los contratos celebrados por la Administración Pública, lo cual permite inferir que se han excluido los contratos celebrados por otros poderes del Estado (Legislativo y Judicial).

Mientras el art. 8º consagra los principios generales aplicables a los contratos de obras y de servicios públicos, los arts. 9º y 10 se refieren principalmente a estos últimos, en virtud de su peculiar naturaleza y la necesidad de regulaciones específicas que deberán adoptarse en el marco de la renegociación contractual prevista en la ley.

El art. 8º contiene las siguientes reglas:

(a) derogación de las cláusulas de ajuste en dólares o en otras divisas extranjeras;
(b) derogación de las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio;
(c) que los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas queden fijados en pesos a la relación de cambio un peso igual a un dólar estadounidense, lo cual, en los hechos, implica la congelación de los aumentos contractuales basados en las cláusulas contractuales derogadas.

Esas derogaciones de las cláusulas contractuales importan la modificación unilateral de los respectivos contratos públicos, situación que, en la medida que afecte la ecuación económico-financiera de cada contrato, genera el derecho del contratista a obtener su recomposición y, en caso de no ser ello posible, el derecho a rescindir el respectivo contrato [15]. La compensación debida a los contratistas resulta del derecho de éstos a la intangibilidad de la ecuación patrimonial que constituyó la base de la contratación, la cual se encuentra protegida por la garantía constitucional de la propiedad que emerge del art. 17 de la Const. Nac. [16].

Ahora bien, el art. 9º autoriza al Poder Ejecutivo a renegociar todos los contratos comprendidos en el artículo anterior y en el caso de aquellos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos consagra una serie de criterios, a saber: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente, 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas.

Va de suyo que el reconocimiento de la rentabilidad empresaria traduce uno de los términos esenciales de la ecuación económico-financiera en esta clase de contratos, la cual debe permanecer incólume para mantener subsistentes las garantías que protegen los derechos de propiedad de los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos, amparados tanto por los principios del Derecho Público interno como por los numerosos tratados de protección de las inversiones extranjeras celebrados por la Argentina con la mayor parte de los países en que se encuentran radicados los inversores.

En tales supuestos, cede la prohibición de establecer fórmulas que autoricen mecanismos de modificación de las tarifas por variaciones de costos ya que en contratos de larga duración no puede obligarse a los concesionarios a soportar las pérdidas consecuentes. Igualmente, será necesario reestablecer los desequilibrios financieros provocados por la ruptura unilateral de la ecuación financiera, ya que las concesiones no podrán subsistir mucho tiempo mientras sus ingresos tarifarios se encuentren congelados en pesos y tengan

15 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, pág. 400, Buenos Aires, 1983; funda el derecho de rescindir el contrato en el art. 19 de la Const. Nac.

16 Véase CASSAGNE, Juan C., *El Contrato Administrativo*, págs. 73-77, Buenos Aires, 1999.

que pagar los préstamos y sus intereses en dólares, tal como acontece en la mayor parte de los contratos cuyo objeto es la prestación de servicios públicos.

De cualquier manera, los cambios que se introduzcan en los diferentes contratos deben ser efectuados en forma transparente, armonizando el interés de los clientes o usuarios con la viabilidad económica de las concesiones y licencias, con base en sistemas que se caractericen por su sencillez metodológica y predictibilidad, despejando las incertidumbres interpretativas que suelen frenar las inversiones en sectores clave de nuestra economía [17].

El capítulo referido a los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios públicos se cierra con una norma (art. 10) que enfáticamente proclama que las disposiciones previstas en los arts. 8° y 9° en ningún caso autorizarán a suspender o alterar el cumplimiento de las obligaciones.

Lo menos que cuadra decir de esta norma es que, interpretada a la letra, constituye una causal típica de arbitrariedad legislativa, habida cuenta que se establece, por una parte, la modificación unilateral de los contratos y se reconoce, por la otra, que habrá que renegociarlos para ajustarlos a las nuevas circunstancias que los alteraron; no se les puede exigir a los contratistas que no suspendan ni alteren el cumplimiento de sus obligaciones. Como una norma semejante sería a todas luces inconstitucional (por abierta violación de la garantía constitucional del art. 17), cabe interpretar que ella sólo rige en cuanto la modificación unilateral del contrato no altere sustancialmente el equilibrio financiero de la ecuación que le sirve de base y en tanto exista una razonable posibilidad de mantener la continuidad del servicio.

El deber del contratista se limita a mantener la subsistencia del contrato y la continuidad del servicio en tanto los ingresos provenientes de las tarifas permitan mantener la ecuación vigente a la fecha de la ley, adecuando los planes de inversión, si ello resulta necesario, a la nueva ecuación resultante de la ley, hasta tanto se recomponga el equilibrio contractual de la concesión o licencia.

17 Véase en el libro de ARIÑO, Gaspar (ed.) *Precios y Tarifas Regulados*, el trabajo de QUINTO, Javier de, "Principios económicos de tarificación", pág. 248 y sigs., Granada 2001.

CAPÍTULO V

LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

SUMARIO

1. Diferentes sanciones que aplica la Administración: las sanciones penales administrativas y su trascendencia.
2. La distinción entre delitos y contravenciones o faltas: vigencia y ocaso del llamado derecho penal administrativo.
3. El fenómeno de la despenalización.
4. La falta o contravención como figura típica del derecho penal administrativo.
5. Jurisdicción nacional y provincial para legislar en materia de contravenciones e infracciones administrativas.
6. Principios del derecho penal aplicables en materia contravencional.
   A) El principio de legalidad.
   B) La regla de tipicidad.
   C) La culpabilidad en las contravenciones.
   D) Otros principios y supuestos especiales del derecho penal sancionatorio.
      a) La interdicción de la analogía.
      b) La irretroactividad en materia penal y la aplicación de la ley más benigna.
      c) La presunción de inocencia y sus proyecciones.
      d) El exceso de punición.
      e) El principio *non bis in idem*.
      f) La prescripción de las acciones y los ilícitos penales administrativos.
7. El procedimiento sancionatorio.
8. Distintas clases de sanciones penales-administrativas.
   A) La pena de multa.
   B) La prisión y el arresto.

C) La inhabilitación.

D) Otras penas: amonestación, clausura, retiro de la personería jurídica, decomiso y caducidad.

9. Extinción de las sanciones penales de policía administrativa.

CAPÍTULO V

LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

1. DIFERENTES SANCIONES QUE APLICA LA ADMINISTRACIÓN: LAS SANCIONES PENALES ADMINISTRATIVAS Y SU TRASCENDENCIA

El estudio de las sanciones que aplica la Administración Pública a los particulares, no precisamente en virtud de la llamada supremacía especial emergente de la potestad disciplinaria propia de la relación de empleo público, sino en ejercicio de los poderes que emanan de las potestades que le atribuye el ordenamiento o bien, de un vínculo jurídico convencional concertado en el marco del llamado régimen exorbitante, constituye otro de los capítulos centrales de la dinámica del Derecho Administrativo.

En ese ámbito, una de las cuestiones primeras que se plantea es la relativa a la naturaleza del ilícito objeto de la sanción y a los principios que rigen el respectivo derecho sancionatorio.

En la doctrina se ha tratado de distinguir el ilícito penal, tanto del ilícito civil como del administrativo, sobre la base de que la diferencia se encuentra en la vulneración del ordenamiento que resulta infringido en cada caso [1].

Pero, la clave para resolver este problema no pasa por esa conclusión, bastante elemental por cierto, en razón de que el ordenamiento administrativo actúa como centro de confluencia de diferentes especies de sanciones. Así, mientras existe un tipo de sanción que tiene por objeto la retribución del daño o perjuicio que se causa al Estado, de naturaleza eminentemente patrimonial, al lado de ésta (llamada también civil) la Administración pone en marcha mecanismos

[1] MONTORO PUERTO, Miguel, *La Infracción Administrativa*, págs. 116-118, Barcelona, 1965.

represivos y preventivos [2] que tienden a sancionar tanto el incumplimiento del deber de los particulares de contribuir o colaborar con la Administración —deber que imponen las leyes por razones concernientes al bien común o interés general— como las infracciones al orden público, cuya protección la ley confiere primariamente a la Administración. Estas últimas constituyen sanciones penales administrativas, por su evidente sustancia punitiva y la circunstancia de regirse parcialmente por las normas y principios del Derecho Administrativo.

Las sanciones penales-administrativas se pueden clasificar conforme a la materia en que se imponen y así existen desde las sanciones de policía general y especial —incluidas las relativas a la policía que el Estado ejerce sobre los bienes del dominio público— hasta las sanciones de naturaleza tributaria, cuyo estudio se ha independizado actualmente del derecho penal administrativo, aun cuando su naturaleza punitiva [3] torna aplicables una serie de principios penales, especialmente los que emergen de las disposiciones generales del Código Penal.

Lo contrario ocurre en materia de sanciones civiles o patrimoniales aplicadas por la Administración, donde las reglas generales que gobiernan el procedimiento administrativo contienen suficientes garantías para el particular o administrado, compatibles con los intereses cuya tutela procura el ordenamiento.

En lo que respecta a las sanciones disciplinarias, ellas nacen del poder de supremacía especial que posee la Administración en la relación de empleo público, instituida con la finalidad de mantener la continuidad del servicio a su cargo y, en general, de proteger su estructura organizativa, tanto personal como patrimonial [4]. Esta peculiaridad explica por qué motivo, si bien las sanciones disciplinarias ostentan también, en algunos casos, una sustancia represiva, no se aplican a ellas, estrictamente, algunos de los principios del derecho penal (v.gr. el *non bis in idem*) [5].

2 Para Garrido Falla la sanción constituye un medio represivo que se distingue de la coacción en que mientras la primera se pone en marcha porque la obligación no se ha cumplido la segunda se encamina al cumplimiento de lo ordenado en contra de la voluntad del obligado a ello (Conf. *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 137, 10ª ed., Madrid 1987).

3 Véase: GARCÍA BELSUNCE, Horacio, "Régimen penal tributario. Concurso de sanciones", en LL, t. 1990-C, pág. 918, sostiene que el ilícito tributario posee naturaleza penal no obstante que la sanción es administrativa.

4 BARO, Daysi, *La Relación de Empleo Público*, pág. 50, Buenos Aires, 1982; considera que la falta disciplinaria es "todo acto realizado por un funcionario, susceptible de causar daño directa o indirectamente al funcionamiento del servicio público".

5 *Vid.* VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 122,

2. LA DISTINCIÓN ENTRE DELITOS Y CONTRAVENCIONES O FALTAS: VIGENCIA Y OCASO DEL LLAMADO DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO

El eje de la construcción jurídica del denominado derecho penal administrativo, elaborado a partir de la obra de James Goldschmidt y afirmado posteriormente en la escuela alemana por Eberhard Schmidt pasa por la idea de que existe una distinción cualitativa entre delitos judiciales e infracciones administrativas (contravenciones), determinada por la naturaleza de las cosas sobre la base de que, mientras en los primeros el contenido material del injusto se encuentra en el daño (o en la situación de peligro), concreto y mensurable, inferido a un bien jurídico, en las infracciones o contravenciones administrativas se trata de la violación del deber de obediencia o de colaboración por parte de los particulares con la Administración Pública, afectando solamente a intereses de tipo administrativo [6].

En nuestra doctrina, si bien hubo quienes negaron la aludida distinción cualitativa entre delitos y contravenciones [7] y otros que la sostuvieron [8] lo cierto es que, por lo general, se ha admitido siempre la posibilidad de que la Administración aplique las llamadas penas contravencionales, aun cuando sin plantearse a fondo el problema de la despenalización, aspecto este que, en nuestra organización consti-

---

Buenos Aires, 1949; DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 276, Buenos Aires, 1974; GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. II, pág. 141, nota 81.

6 Ver: HEINZ, Mattes, *Problemas de Derecho Penal Administrativo*, págs. 229-230 y nota 363, trad. del alemán, Edersa, Jaén, 1979, apunta que dicho autor ejerció una notable influencia en la nueva configuración del derecho penal económico, atribuyendo a la Administración el poder de juzgar las llamadas infracciones o contravenciones administrativas, cuya satisfacción considera indispensable para realizar la división de poderes. En esta concepción de Schmidt se advierte un notorio retroceso doctrinario ya que con anterioridad, aun entre los seguidores de Goldschmidt, hubo algunos, como Wolf, que renunciaron "a tratar de concebir el derecho penal administrativo con características conceptuales u ontológicas, considerando el problema como una cuestión de referencia valorativa o normativa" (*op. cit.*, pág. 208). Un criterio similar sostuvo entre nosotros SOLER (*Derecho Penal Argentino*, t. I, pág. 254, Buenos Aires, 1956).

7 Conf. LEVENE, Ricardo (h.), *Introducción al Derecho Contravencional*, pág. 37 y sigs., Buenos Aires, 1968; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "Las contravenciones o faltas", LL, t. 56, pág. 959; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. V, pág. 245 y sigs., Buenos Aires, 1954. Con todo, en la obra de Villegas Basavilbaso parece haber un resabio de la tesis cualitativa, en cuanto señala que el límite entre ambas figuras se halla en la ilicitud intrínseca y en la peligrosidad, que determinan (si bien relativamente) una mayor magnitud de la pena para el delito (*op. cit.*, t. I, pág. 247).

8 BIELSA, Rafael, *Estudios de Derecho Público*, t. I, pág. 325, Buenos Aires, 1950.

tucional, adquiere un singular relieve en mérito a la potestad de las Provincias para legislar en materia contravencional [9].

Ahora bien, es evidente que el derecho penal administrativo no configura una disciplina autónoma [10]. Sus fundamentos se encuentran hoy día superados (no hay que olvidar que esta concepción es la sucesora [11] de las teorías que sustentaron el llamado derecho penal de policía) toda vez que si las sanciones poseen naturaleza represiva, por menos graves que ellas fueran, las contravenciones contienen, en estos casos, idéntica sustancia penal que los delitos, no existiendo un derecho penal subjetivo de la Administración sino del Estado [12].

La consecuencia de todo ello es que si las contravenciones o faltas poseen naturaleza penal, su diferencia con los delitos constituye, en principio, una cuestión de grado y, por tanto, cuantitativa [13], siendo aplicables en materia contravencional y en los llamados delitos administrativos, las reglas y principios que prescribe el Código penal, máxime cuando para estos últimos existe una disposición expresa del ordenamiento (art. 4° del Cód. Pen.) que así lo estatuye [14]. En tal sentido, si bien puede hablarse de una superación de las bases que hacen a la fundamentación autónoma del derecho penal administrativo y, especialmente, de los postulados de la escuela de Goldschmidt [15], no puede desconocerse que, aun en el ocaso de esta escuela, ella ha influido decisivamente en el proceso de despenalización, ocurrido tanto en nuestro país como en el derecho comparado, proceso que se caracteriza por conferir la atribución de aplicar penas a la Administración, al menos en una suerte de primera instancia y sujeta siempre a la revisión judicial. Ello plantea también entre nosotros la cuestión inherente a la concurrencia de potestades entre la Nación y las Provincias, en materia contravencional.

9 Véase: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 603 y sigs., Buenos Aires, 1987.

10 Conf. CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 181-182, Buenos Aires, 1986.

11 HEINZ, Mattes, *op. cit.*, pág. 494.

12 HEINZ, Mattes, *op. cit.*, pág. 205, nota 272.

13 GARCÍA BELSUNCE, Horacio, *op. cit.*, págs. 58, 61 y 75.

14 *Vid.* SPOLANSKY, Norberto, "Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos", en LL, t. 1978-D, pág. 235.

15 Véase: AFTALION, Enrique R., *Derecho Penal Administrativo*, pág. 75 y sigs., Buenos Aires, 1955; este autor sustenta una postura adversa al reconocimiento de la autonomía del derecho penal administrativo y sostiene la unidad fundamental de todo el derecho represivo (*op. cit.*, pág. 11 y sigs.).

3. EL FENÓMENO DE LA DESPENALIZACIÓN

Las aspiraciones de las diferentes administraciones públicas a poseer la titularidad de la potestad punitiva, al menos en la primera fase del procedimiento sancionatorio, se revelan constantemente en el derecho comparado, cuya evolución confirma la tendencia a excluir la figura de la contravención del ordenamiento penal, dejando la aplicación de aquélla a los órganos administrativos, sin perjuicio de la posterior revisión judicial. Sin embargo, dicha tendencia, lejos de soslayar la aplicación de los principios que informan el proceso penal y el derecho penal sustantivo [16] se orienta, significativamente, hacia una regulación análoga para los llamados ilícitos penales administrativos y los delitos, extendiendo a las infracciones penales administrativas las reglas que gobiernan el principio de legalidad, la imputabilidad, el concurso de infracciones, la culpabilidad (dolo o culpa), la tentativa y las causas de exclusión de la responsabilidad criminal [17] (v.gr. estado de necesidad y legítima defensa).

Este fenómeno de la despenalización produce la quiebra del sistema que atribuía exclusivamente al poder judicial la aplicación de penas y requiere, para no afectar el principio de la división de poderes, que se cumplan dos requisitos fundamentales: a) un control judicial suficiente [18] a través de la revisión de la sanción penal administrativa ante los tribunales judiciales, con amplitud de debate y prueba, y b) la observancia de las garantías del debido proceso, lo que comporta la no ejecutoriedad o, al menos, suspensión de la pena contravencional hasta tanto se pronuncie la justicia pues, hasta ese instante, rige la presunción de inocencia [19].

16 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 165 y sigs., Buenos Aires, 1982.

17 Así lo prescribe, en Alemania Federal, la ley del 24 de Mayo de 1968 sobre ilícitos administrativos, véase al respecto: PARADA VÁZQUEZ, José R., *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 349-350, Madrid, 1989; HEINZ, Mattes, *op. cit.*, pág. 234 y sigs.

18 En el *leading case* de la jurisprudencia de la Corte Suprema el conocido caso "Fernández Arias", se estableció que "control judicial suficiente quiere decir: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recursos ante los jueces ordinarios; b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial" (considerando 19 de la causa "Fernández Arias, Elena y otros v. Poggio, José [Sucesión]" publicada en *Fallos*, 247:652 del año 1960).

19 Tal como ocurre en el derecho alemán; en cambio, en Italia el recurso contra una sanción carece de efectos suspensivos. Dice al respecto Parada Vázquez que "en todo caso, hay que destacar críticamente que el sistema italiano ofrece menos garantías que el alemán, ya que el recurso ante el juez no provoca la suspensión de la ejecución de la sanción".

4. LA FALTA O CONTRAVENCIÓN COMO FIGURA TÍPICA DEL DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO

La imposibilidad de establecer *a priori* diferencias sustanciales u ontológicas entre delitos y contravenciones conduce a que el problema se resuelva, en definitiva, a través de la política legislativa según "la gravedad e importancia que se le dé en momento y lugar determinado, las razones de necesidad y utilidad práctica y el sentimiento general predominante" [20].

La circunstancia de que cada una de las figuras delictivas del Código Penal se configura como una especie de círculo incomunicado, donde no existe propiamente continuidad ni analogía, hace que esas zonas de libertad puedan ser disminuidas o cubiertas mediante la creación de faltas o contravenciones [21]. Esto último, aunque no afecta la naturaleza de la contravención de naturaleza penal, cuya estructura es, en principio, similar a la de los delitos [22] al pertenecer al género común del ilícito penal [23] provoca, sin embargo, algunas diferencias en su régimen jurídico que la separan tanto del delito penal como de la mera infracción administrativa.

En efecto, mientras el juzgamiento de los delitos queda reservado a órganos del poder judicial que actúan conforme a las reglas del proceso penal —entre las que figuran las relativas a la cosa juzgada de la sentencia que dicta el juez— en el caso de las faltas o contravenciones (que algunos denominan delitos administrativos) el órgano administrativo que las aplique no se encuentra ceñido por la citada regla y siempre conserva la potestad revocatoria a favor del particular, que es propia de los actos administrativos. En tal sentido, el órgano administrativo posee competencia, aun después de impuesta una sanción, para reducirla o dejarla sin efecto, ya fuera de oficio o al resolver el recurso administrativo (v.gr. de reconsideración o jerárquico) que interponga el sujeto sancionado. Por esa causa, aun de configurarse un ilícito de naturaleza penal, en el juzgamiento de la contravención se aplican principios y normas del Derecho Administrativo. Esta característica justifica un tratamiento separado para la materia penal administrativa, aun cuando la disciplina no

20 Conf. LEVENE, Ricardo (h.), *op. cit.*, págs. 43-44.

21 *Vid.* VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *op. cit.*, t. V, pág. 257; SOLER, Sebastián, *op. cit.*, t. I, pág. 247 y sigs., Buenos Aires, 1956.

22 Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, pág. 591, Buenos Aires, 1987, observa que ambos contienen idénticos elementos constitutivos.

23 LEVENE, Ricardo (h.), *op. cit.*, pág. 44.

goza de autonomía por las razones que hemos dado [24], lo que no obsta a la aplicabilidad de las garantías y los preceptos generales del Código Penal. En tal sentido, se aplican —entre otros— los principios de tipicidad, imputabilidad, antijuridicidad y culpabilidad [25].

En cambio, en las infracciones administrativas de autoprotección (v.gr. imposición de una sanción con motivo de la ejecución de un contrato de la Administración; sanciones disciplinarias) basta con las garantías del procedimiento administrativo, sin perjuicio de reconocer que, muchas de ellas, encuentran su base de sustentación en principios de naturaleza penal que han tenido recepción en el Derecho Administrativo.

En algunas circunstancias y sólo cuando la ley lo establezca en forma expresa, se suelen consagrar, en materia contravencional, presunciones de culpabilidad que invierten el *onus probandi*, las que, excepcionalmente, se justifican en mérito a la menor gravedad que puede caracterizar a las faltas y contravenciones, en la ejemplaridad y función preventiva que corresponde atribuir a las penas contravencionales y en la necesidad de que los administrados cumplan los deberes impuestos por las leyes.

5. JURISDICCIÓN NACIONAL Y PROVINCIAL PARA LEGISLAR EN MATERIA DE CONTRAVENCIONES E INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

En aquellos países —como el nuestro— que han consagrado el sistema federal de gobierno y que al propio tiempo han unificado la legislación penal de fondo, atribuyendo al Congreso Nacional la potestad de legislar en dicho ámbito (art. 75, inc. 2° de la Const. Nac.), se opera una aparente colisión entre los poderes de la Nación y los que un sector de la doctrina considera que, en materia de faltas y contravenciones, corresponden a las Provincias, por aplicación del art. 121 de la Const. Nac.

24 CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 179-182.

25 La imputabilidad consiste en la atribución de un hecho u omisión a una persona determinada mientras que la antijuridicidad denota la lesión del bien jurídico que genera la ilicitud objetiva de cada conducta. A su vez, la culpabilidad implica un juicio de reproche subjetivo que por una falla o defecto imputable por culpa o negligencia, o bien, por el obrar doloso del agente. Sin embargo, en la doctrina del derecho penal la imputabilidad se asimila a la capacidad de delinquir (véase: FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, pág. 139, Buenos Aires, 1990).

Por de pronto, hay que señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia, al ocuparse de esta cuestión, si bien sentaron la tesis de que la competencia pertenece, en principio, a las Provincias como derivación del poder residual que les reconocería el art. 121 de la Const. Nac., lo cierto es que dejaron a salvo que la respectiva potestad corresponde a la Nación cuando ésta ejercita las atribuciones que la Constitución le asigna, en forma expresa o implícita, y, especialmente, cuando el ejercicio de los poderes provinciales resulta incompatible con el que efectúa la Nación [26].

En base a este último criterio quedan fuera de la competencia local no sólo las facultades privativas, atribuidas en forma expresa en los diversos incisos del art. 75 de la Const. Nac., y las implícitas (art. 75, inc. 32, Const. Nac.), que resultan por implicancia de las competencias explícitas [27], sino también los poderes concurrentes, en tanto su ejercicio por parte de las Provincias sea repugnante o incompatible con la finalidad y el objeto que persiga la legislación nacional. Conforme a dicha inteligencia, queda claro que el art. 121 de nuestra Const. Nac., similar al de la Constitución de los Estados Unidos (art. I, secc. VIII, cláusula 18), si bien configura potestades de carácter residual a favor de las provincias, queda prácticamente circunscripto a la conservación de los poderes inherentes, puesto que la asignación de atribuciones que hace la Constitución en cabeza del Gobierno Federal incluye tanto los poderes expresamente delegados como los poderes implícitos [28]. A su vez, respecto de los privativos (atribuidos o no en forma expresa) carece de sentido suponer la existencia de un poder residual habida cuenta de que surgen de los propios textos constitucionales.

En esta línea interpretativa, se ha sostenido que nuestra Constitución ha escogido un sistema según el cual todo lo que "no atribuye al estado federal se considera reservado a los estados miembros" pues, agrega, "la capacidad es la regla para éstos y la incapacidad es la excepción" [29].

26 Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, pág. 542.

27 Esta interpretación, que compartimos, es formulada por AJA ESPIL en su obra *Constitución y Poder. Historia y Teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, pág. 150 y sigs., Buenos Aires, 1987.

28 AJA ESPIL, Jorge A., *op. cit.*, pág. 40, sostiene que el traspaso de los poderes al Gobierno Federal "no requirió de enumeración taxativa y precisa". En cambio, cuando la Constitución adopta el principio inverso enumera la necesidad de una expresa reserva de poderes (art. 121, segunda parte de la Const. Nac.).

29 *Vid.* BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional*, pág. 131, Buenos Aires, 1984. No obstante, este autor reconoce la existencia de una gama de poderes implícitos que emergen del art. 75, inc. 32 de la Const. Nac. (*op. cit.*, pág. 132).

El sistema de la Constitución Nacional es un poco más complejo y la recepción de la regla de la capacidad, construida para ser aplicada a las personas físicas en el marco del Derecho Civil, no puede trasladarse sin más a las personas jurídicas o morales, máxime en el Derecho Público [30], sin resentir el principio de la especialidad [31], según el cual los órganos y entes se hallan limitados en su actuación jurídica por el fin u objeto que motivó su creación, pero pueden llevar a cabo no solamente lo razonablemente implícito en las normas sino también una serie de actos relativos a sus poderes inherentes o resultantes [32], los que se derivan de la naturaleza de las funciones y de la finalidad que les atribuye el ordenamiento. A una conclusión semejante se llega también por aplicación de la teoría que postula el reconocimiento de una zona de reserva de la Administración [33] y otra de la ley, cuyas facultades son inherentes [34] y, por lo tanto, en alguna medida también residuales, habida cuenta de que no surgen de preceptos específicos sino de cláusulas genéricas [35] o de principios del sistema constitucional.

De otra parte, si la Constitución Nacional asigna a la Nación una serie de poderes en concurrencia con las Provincias (art. 75, inc. 30 y art. 125, Const. Nac.) la amplitud del carácter residual que se atribuye al art. 121 de la Const. Nac. queda desprovista de sentido, al menos como regla general del sistema de nuestra Constitución, en virtud de que al coincidir dos poderes sobre un mismo objeto no se puede configurar un residuo de facultades a favor de uno de ellos.

De lo hasta aquí expuesto se sigue que dada la identidad sustancial y cualitativa que existe entre los delitos y las contravenciones de naturaleza penal, el sistema que estructura la Constitución Nacional, en lo que concierne al poder de legislación en materia contravencional, se halla sujeto a estas reglas: *1°)* si el Código Penal legisla sobre una determinada figura delictiva las Provincias carecen de competencia para crear contravenciones que tengan por base el tipo penal prescripto para un delito; *2°)* la Nación y las Provincias

30 *Vid.* LINARES, Juan F., "La competencia y los postulados de la permisión", en RADA, nro. 2, pág. 14 y sigs., Buenos Aires, 1971.

31 Conf. CASSAGNE, Juan C., *op. cit.*, t. I, pág. 240.

32 AJA ESPIL, Jorge A., *op. cit.*, pág. 160.

33 Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 249 y sigs.; Buenos Aires, 1977.

34 Véase: AJA ESPIL, Jorge A. (*op. cit.*, pág. 161) quien observa que dicha tesis tiene sustento en lo que denomina facultades propias o inherentes del Poder Ejecutivo.

35 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 255, sostiene que la zona de reserva de la Administración encuentra su fundamento en los preceptos contenidos en los incs. 1° y 7° del art. 99 de la Const. Nac.

poseen poderes tanto privativos como concurrentes para legislar en dicha materia [36]; *3°)* las Provincias no pueden crear contravenciones relativas a las competencias implícitamente asignadas a la Nación (art. 75, inc. 32, Const. Nac.); y *4°)* cuando la Nación legisla sobre alguno de los poderes concurrentes el ejercicio de las respectivas facultades que poseen las provincias será legítimo sólo en la medida en que no resulte repugnante o incompatible con la legislación federal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema si bien no ha efectuado, como es lógico, la sistematización de todas las reglas aplicables en esta materia para legislar acerca de faltas o contravenciones ha dicho que, para definir el carácter local de una contravención hay que tener en cuenta *las características especiales determinadas por las costumbres de cada localidad, por las necesidades de orden moral o material de los pueblos o por el resguardo de ciertas instituciones locales, cuyo regular funcionamiento les interesa más directamente, o porque existen en cada región muchos y pequeños intereses que hay que contemplar en este género de represión y que lógicamente pueden ser mejor apreciados por los intereses locales* [37].

Finalmente, tratándose de infracciones administrativas de autoprotección [38] (v.gr. sanciones disciplinarias, sanciones de tutela del dominio público) o bien, de meras infracciones formales, tengan o no naturaleza penal, tanto la Nación como las provincias poseen facultades para legislar sobre ellas como emanación de sus poderes inherentes al cumplimiento de los fines que la Constitución Nacional les asigna.

6. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL APLICABLES EN MATERIA CONTRAVENCIONAL

La unidad del derecho represivo y las garantías ínsitas en el Estado de Derecho conducen a la aplicabilidad a las contravenciones de

36 *Vid.* LEVENE, Ricardo (h.), *op. cit.*, pág. 41, afirma que "existe una verdadera concurrencia de facultades entre la Nación y las Provincias en materia de legislación de faltas".

37 *In re* "Cimadamore Esio Bruno", *Fallos*, 191:249-250.

38 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 148 y sigs., Madrid, 1981, observan que, en tales casos, la potestad sancionatoria es una potestad doméstica que persigue "la propia protección más que la de otros fines sociales generales". Ver también, del primero de los autores citados, el trabajo que publicó en *Civitas*, nro. 10, págs. 399-400, Madrid, 1976, titulado "El problema jurídico de las sanciones administrativas". En nuestra opinión, la categoría de las llamadas sanciones de autoprotección no incluye a las sanciones tributarias, sean éstas de naturaleza penal o resarcitoria.

los principios propios del derecho penal sustantivo. Si bien la mayor parte de esos principios provienen directamente del Código penal, su base radica en los preceptos y garantías constitucionales, tanto nominadas como innominadas (v.gr. la garantía de razonabilidad). Su aplicación se efectúa, por lo general, en forma supletoria o directa, aun cuando en ciertos supuestos nada impide acudir a la técnica de la analogía, a condición de que ella opere en favor del administrado [39].

De ese modo, resultan aplicables diversos principios del derecho penal sustantivo, a saber:

A) El principio de legalidad

Emanado de la cláusula constitucional que instituye la garantía de la defensa, este principio prescribe que toda pena debe fundarse en ley (art. 18, Const. Nac.). Este precepto, que algunas cartas constitucionales, como la española, han incorporado al ordenamiento positivo recién en 1978 (en el art. 2.5.1) posee entre nosotros una tradición que se ha arraigado en una interpretación jurídica constante, formulada a partir de la sanción de la Constitución de 1853. A su vez, el citado principio se completa con la cláusula contenida en el art. 19, según la cual nadie se encuentra *obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe*.

Del principio de legalidad derivan trascendentes principios del derecho penal sustantivo, que se analizarán seguidamente. Interesa, sin embargo, advertir que por ley ha de entenderse aquí, en mérito a la naturaleza restrictiva que demanda la interpretación en esta materia —en cuanto tiende a tutelar los derechos fundamentales de las personas— solamente a la ley material y formal. Es decir, que las contravenciones de naturaleza penal no pueden ser establecidas por reglamentos, pues las autoridades administrativas carecen de competencia constitucional para crear faltas o contravenciones [40].

Por lo demás, el propio Código Penal al prescribir que sus disposiciones generales se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales (art. 4°, Cód. Pen.) refleja el necesario acatamiento al principio de legalidad, a través de la unidad de aplicación de sus principios a todo el derecho represivo, habida cuenta de la asimilación sustancial que existe entre delitos y contravenciones.

39 LEVENE, Ricardo (h.), *op. cit.*, pág. 51.

40 Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, nro. 1546, pág. 584 y sigs., Buenos Aires, 1980.

B) La regla de tipicidad

Una de las principales garantías que poseen los ciudadanos y las personas en general se halla configurada por el principio de tipicidad consistente en la exigencia de que las conductas punibles se encuentren descriptas o delimitadas por una norma legal.

En este plano, la tipicidad aparece como un corolario obligado del principio de legalidad, que juega en un doble sentido, esto es como una garantía frente a la determinación subjetiva o discrecional de los hechos que configuran el ilícito penal y como una forma de prevención individual y social, en la medida de que el conocimiento público y oficial de la acción punible desalienta la comisión de los hechos reprimidos por la ley. A este respecto, el principio de tipicidad legal requiere tanto la descripción de los hechos que definen cada contravención como que se precisen las penas a aplicarse en cada supuesto típico ya que, en materia penal, el silencio del legislador se considera que configura un ámbito de libertad [41].

Por esta causa, el principio de tipicidad es incompatible con las fórmulas genéricas y abiertas que se emplean en algunas oportunidades para calificar la infracción penal [42], llamadas también leyes penales en blanco [43]. En cambio, tratándose de sanciones de naturaleza disciplinaria se admite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados [44] lo que ha sido justificado frente a la imposibilidad de precisar de antemano y en forma detallada los deberes profesionales del agente público, sin que ello excluya la exigencia de concretar, en cada caso, la conducta computable y su conexión con la violación antijurídica de los deberes administrativos [45].

C) La culpabilidad en las contravenciones

Una consecuencia importante derivada de la aplicación de las reglas prescriptas en el Código Penal es la vigencia del principio *nulla pena sine culpa* en materia contravencional.

41 FONTÁN BALESTRA, Carlos, *op. cit.*, t. II, pág. 26.

42 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, págs. 165-166, Madrid, 1981.

43 SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. I, pág. 133, Buenos Aires, 1945.

44 V.gr. ley 22.140 de régimen jurídico básico de la función pública, artículo donde el art. 30, inc. e) sanciona el incumplimiento, entre otros, del deber de observar "una conducta correcta, digna y decorosa, acorde con su jerarquía y función" (art. 27, inc. b).

45 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 167.

Este principio de derecho natural, caro al sistema beccariano, tiende a proteger la libertad de las personas impidiendo que éstas puedan ser declaradas penalmente responsables por conductas o hechos ejecutados sin culpa o dolo, por más que las respectivas conductas les sean imputables a los sujetos de la acción violatoria del orden jurídico objetivo. La culpa se constituye entonces en el factor exclusivo de atribución de responsabilidad en el derecho penal.

No obstante, en materia contravencional, tanto el derecho argentino como el comparado, admiten, en ciertas circunstancias, una responsabilidad objetiva por extensión, en aquellos supuestos en que la ley asigna responsabilidades, incluso de naturaleza penal, por el hecho de otro.

La cuestión ha suscitado opiniones controvertidas en la doctrina [46] particularmente en el caso de la responsabilidad solidaria establecida, entre otras, por la legislación fiscal y aduanera [47] respecto de las personas jurídicas y los miembros de sus cuerpos directivos.

En la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se impuso la tesis favorable a la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas sobre la base de que en las materias *de carácter penal administrativo no se aplican las reglas comunes a la responsabilidad por actos delictuosos, lo que permite dirigir la acción contra personas jurídicas a los efectos de su condena, en la forma prevista por leyes especiales* [48]. Más tarde, en el caso "Banco de Santander" el Alto Tribunal modificó el criterio precedente sosteniendo que la responsabilidad solidaria (en materia de infracciones cambiarias) de los administradores y directores no reviste carácter penal [49] soslayando de este modo la objeción de que el establecimiento de la solidaridad no implica consagrar la responsabilidad penal de las personas por actos de terceros, es decir, sin que medie imputación de culpa o dolo sobre los sujetos a quienes la ley declara responsables.

46 Véase el artículo de Spolansky citado en nota 13 donde el autor postula la incompatibilidad de las normas que atribuyen responsabilidad penal solidaria a las personas jurídicas y a los integrantes de sus cuerpos directivos por los hechos de sus dependientes, sobre la base de la violación de los principios del derecho penal sustantivo, fundamentalmente, del principio de culpabilidad.

47 Art. 19 de la ley 11.683 y art. 887 del Cód. Aduanero.

48 *Vid.* el caso "Wlodavsky Pedro y otros", LL, t. 1978-A, pág. 431. Allí se declaró la responsabilidad solidaria de una institución bancaria, juntamente con sus directores y el síndico titular, condenándolos a pagar una multa por infracciones cometidas por un dependiente, a quien también se le aplicó dicha sanción.

49 LL, t. 1978-D, pág. 231 y sigs.

Claro está que —como bien se ha dicho— esa objeción no se supera por el hecho de acudir al artilugio de decir que la sanción no es penal si al propio tiempo no se demuestra tal afirmación [50]. En efecto, si las sanciones previstas en el ordenamiento penal administrativo (v.gr. en materia fiscal y cambiaria) revisten, a la vez, naturaleza preventiva y represiva (y en modo alguno retributiva o reparatoria), ellas poseen una indiscutible sustancia penal, siendo aplicables en consecuencia, los principios típicos del derecho penal sustantivo relativos a la imputabilidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc.

Pero, en materia contravencional, las leyes especiales pueden legitimar un sistema de responsabilidad objetiva para ciertas infracciones donde el bien común reclama una solución diferente en orden a las mayores exigencias de la comunidad. Esta responsabilidad asume, sin embargo, un carácter excepcional y debe instrumentarse bajo ciertas cautelas, particularmente las que hacen a la observación de la garantía constitucional de la razonabilidad de las leyes (art. 28, Const. Nac.).

Con todo, el planteo de la cuestión que se suscita aparece centrado en una necesaria disociación entre imputabilidad, culpabilidad y antijuridicidad —por una parte— y el reconocimiento de una responsabilidad solidaria, de carácter objetivo, por la otra. Por ese motivo, en el supuesto de las personas jurídicas o ideales, antes que la aplicación de una sanción penal sin culpa, lo que ocurre es una atribución de responsabilidad solidaria por la sanción penal aplicada a un dependiente [51].

En rigor, más que una quiebra del principio de culpabilidad, que se mantiene incólume respecto del autor de la infracción penal administrativa, se opera una modificación en el factor atributivo de responsabilidad, desplazando la regla de la culpa por una atribución de raíz eminentemente objetiva.

Ahora bien, la admisión de esa responsabilidad objetiva reconoce algunas limitaciones que es necesario establecer para no incurrir en una manifiesta degradación de principios y garantías constitucionales de jerarquía superior que operan a modo de válvulas que comprimen aquella responsabilidad a fin de hacerla compatible con los principios del Estado de Derecho, representados por la interdicción

50 SPOLANSKY, Norberto E., *op. cit.*, pág. 239.

51 No obstante, la impropia redacción de las leyes 19.359 y 10.184 que prescriben que "sin perjuicio de la responsabilidad de los autores, la persona jurídica será sancionada con la pena de multa... que se aplicará en forma solidaria a la sociedad... y a sus directores".

de la desigualdad y de la irrazonabilidad de los actos estatales y, particularmente, de la desigualdad.

En tal sentido, la extensión de la responsabilidad hacia personas físicas o ideales derivadas de sanciones penales aplicadas por hechos de sus dependientes requiere, para no afectar la garantía de la razonabilidad (art. 28, Const. Nac.) y el principio de igualdad —art. 16, Const. Nac.— (pues habría un grupo de ciudadanos que asumirían una responsabilidad penal sin culpa), que se cumplan una serie de condiciones, a saber:

(a) el hecho o la omisión del dependiente ha de constituir un acto antijurídico que le sea imputable a título de culpa o dolo;

(b) la tipificación de la conducta punible debe haberse efectuado en norma de rango legal (formal y material);

(c) la responsabilidad solidaria establecida en la legislación penal administrativa (v.gr. en materia cambiaria y fiscal) que alcanza a las personas jurídicas y/o físicas por los actos de sus dependientes, se limita a las sanciones de índole patrimonial, no extendiéndose a las penas privativas de la libertad (ej. prisión o arresto) ni tampoco a las que afecten temporariamente el ejercicio de algunas de las libertades particulares que garantiza la Constitución en su art. 14 (v.gr. la inhabilitación para el ejercicio de la respectiva actividad).

(d) los directivos de una persona jurídica pueden invocar la eximición de responsabilidad (tal como sería la circunstancia de haber dejado constancia de su desacuerdo o disidencia con el hecho o conducta punible en un acta del directorio de la sociedad) [52].

(e) por último —y no menos trascendente— la responsabilidad solidaria no puede ser ilimitada, pudiendo los jueces corregir el rigorismo de la ley con el auxilio de la equidad ya que resulta injusto que una persona llegue —sin incurrir en culpa— a una situación de ruina económico-financiera como consecuencia de un hecho punible cometido por otro.

52 Ver al respecto: SPOLANSKY, Norberto E., *op. cit.*, págs. 247-248, admite que la prueba contraria puede destruir o revocar la presunción de culpa que pesa sobre los directores y la sociedad. Aun compartiendo la solución práctica de Spolansky pensamos que el fundamento de la responsabilidad, en tales casos, no radica en una presunción de culpa sino en el factor objetivo de atribución previsto en la ley y es por ese motivo que no puede extenderse a las sanciones penales privativas de libertad, además de las razones que hemos expuesto precedentemente sobre el punto.

D) Otros principios y supuestos especiales del Derecho Penal sancionatorio

El contenido sustancial del derecho penal sancionatorio no se agota con los principios fundamentales que han quedado expuestos y aun cuando entre todos ellos y los que se analizarán seguidamente existe una conexión y funcionamiento simultáneo, es posible deslindar algunos supuestos especiales que le otorgan a la materia una peculiaridad bastante atípica dentro del procedimiento administrativo de carácter general.

a) La interdicción de la analogía. Frente al vacío normativo que pueda ofrecer al ordenamiento penal sancionatorio no existe la posibilidad de acudir a la analogía en perjuicio del administrado, lo cual no es óbice para que pueda operar a su favor (*in bonam partem*) mediante la extensión de normas que se refieren a circunstancias desincriminatorias, atenuantes o causales de extinción de las penas [53].

La razón de la prohibición de aplicar analógicamente la ley penal reposa en la necesidad de preservar la "zona de libertad" a raíz del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* que sienta el art. 18 de la Const. Nac. y de la consecuente regla de tipicidad que constituye su garantía específica [54]. De lo contrario, si el intérprete pudiera ampliar o extender el ámbito de aplicación de una norma de naturaleza penal se conculcarían esos principios, al limitarse el ámbito de libertad a una zona indeterminada e imprecisa de figuras penales imposibles de conocer de antemano para captar, inclusive, la criminalidad de los actos propios.

b) La irretroactividad en materia penal y la aplicación de la ley más benigna. Otra de las garantías de recibo en el derecho penal administrativo se halla constituida por el principio de irretroactividad que consagra el citado art. 18 de la Const. Nac. al estatuir que ninguna persona pueda ser penada ... *sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso....*

Esta garantía encuentra también fundamento en el precepto contenido en el art. 19 de la Const. Nac., cuanto prescribe una por-

53 LEVENE, Ricardo (h.), *op. cit.*, pág. 51; *Fallos*, 195:56 y 119.

54 SOLER, Sebastián, *op. cit.*, pág. 145. La Corte Suprema, en el caso "Usandizaga" (considerando 8º), afirmó que "es concepto indudablemente recibido por el art. 18 de la Const. Nac. que el derecho penal, en cualquiera de sus ramas, es un sistema riguroso y cerrado, formado por ilicitudes discontinuas que no tolera ningún tipo de integración por analogía, tendiente a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por la ley (*Fallos*, 301:395)".

ción de libertad implícita en el sentido de que todo lo que no se encuentra prohibido por las leyes [55] se considera permitido.

El ámbito de la irretroactividad alcanza tanto a las nuevas incriminaciones de hechos que anteriormente se consideraban lícitos como a los preceptos que prescriban requisitos más rigurosos (ej.: carácter de la condena, prescripción, etc.) para los que sigue rigiendo ultractivamente la ley anterior [56].

Como excepción al principio de irretroactividad y a la consecuente ultractividad de la ley anterior, que continúa rigiendo para los hechos, cometidos durante su vigencia aun después de su derogación, se admite la aplicación retroactiva de la ley más benigna [57]. Así lo prescribe, por otra parte, el art. 2° del Cód. Pen. [58], norma que resulta aplicable directamente a la materia penal administrativa. Esta regla ha sido reiteradamente acogida por la jurisprudencia [59].

c) La presunción de inocencia y sus proyecciones. En la totalidad de los sistemas del derecho occidental rige la llamada presunción de inocencia a favor del imputado o procesado por la comisión de un delito. En nuestro derecho, ella resulta un corolario obligado del ámbito de libertad consagrado en el art. 19 de la Const. Nac. Este principio, combinado con el de razonabilidad, impide que, por un mandato legislativo, una persona sea condenada sobre la base de una presunción pues, al carecerse de una prueba idónea que acredite el hecho cometido, el vacío no puede cubrirse mediante una deducción, por más lógica y racional que fuera, ya que, en caso de duda, el precepto conduce a elegir la solución más favorable al particular.

El Código Procesal Penal, en su art. 13, ha consagrado una presunción de inocencia que prevalece sobre la que pudiera existir respecto de la culpabilidad de las personas [60]. Este precepto se aplica en forma directa en materia de faltas o contravenciones.

55 La expresión "ley", que utiliza el art. 19 de la Const. Nac. debe ser interpretada con amplitud, a favor del principio de libertad que ella establece, comprendiendo toda clase de norma materialmente legislativa (v.gr. reglamentos).

56 GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., *op. cit.*, pág. 106.

57 SOLER, Sebastián, *op. cit.*, t. I, pág. 172 y sigs.

58 El art. 2° del Cód. Pen. prescribe: "Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho".

59 *Vid.* entre otros: *Fallos*, 211:443; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *op. cit.*, t. I, pág. 297 y sigs.

60 El art. 13 del CPPN, prescribe que "en caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea más favorable al procesado".

A su vez, una consecuencia trascendente de esta presunción, que viene dada por la necesidad de que se pruebe de una manera efectiva la culpabilidad del particular, consiste en el desplazamiento, en materia penal, de las presunciones de legalidad de los actos administrativos que, de mantenerse, conducirían a transferir la carga de la prueba al acusado, con la obligación consiguiente de acreditar su inocencia, lo que implica sumirlo en una total indefensión [61].

d) El exceso de punición. De otra parte, la sanción penal administrativa ha de respetar el principio de proporcionalidad entre la pena prevista en la norma y la conducta del agente, sobre la base de la regla de razonabilidad cuya valoración debe responder a la realización del bien jurídico tutelado y su significado social, que configura la finalidad perseguida por la ley. Este vicio, en el procedimiento administrativo de carácter sancionatorio, traduce una nulidad absoluta y, al afectar la proporcionalidad inherente al objeto del acto que impone la sanción, vulnera la garantía innominada de razonabilidad, prevista en los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional [62].

e) El principio non bis in idem. Según este principio, una persona no puede ser procesada ni condenada dos veces por un mismo hecho. Se trata de un principio de derecho natural que configura una garantía constitucional innominada cuyo sustento se encuentra en el debido proceso legal prescripto en el art. 18 de la Const. Nac., como una consecuencia de la cosa juzgada penal [63]. Además, también se fundamenta en la garantía de razonabilidad de los actos estatales (art. 28, Const. Nac.) en virtud de que, al admitirse una segunda condena por un mismo hecho, se genera una evidente desproporción entre la falta o el delito cometido y la sanción. El carácter constitucional de esta garantía, que veda la doble persecución penal, ha sido admitido en la jurisprudencia de la Corte Suprema, aun cuando sin profundizar mayormente en su fundamentación positiva [64].

Por todo ello y no obstante lo prescripto en el art. 7° del CPPN [65] el principio *non bis in idem* resulta aplicable a las faltas y contraven-

61 Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, págs. 169-170.

62 Conf. MARIENHOFF, Miguel S., "El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público", LL, t. 1989-E-Sección Doctrina, pág. 963 y sigs.; véase además: LINARES, Juan F., "Razonabilidad de las leyes", pág. 160 y sigs., Buenos Aires, 1970, y COMADIRA, Julio R., "El exceso de punición y su incidencia sobre la validez del acto administrativo", en RDA, nro. 4, pág. 273 y sigs., Buenos Aires, 1990.

63 GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., "Régimen penal tributario. Concurso de sanciones", en LL, t. 1990-C, pág. 918.

64 *Fallos*, 272:180; 292:292 y LL, t. 1976-B-435.

ciones cuando la sanción posea naturaleza penal. Tal es lo que acontece en materia de los llamados ilícitos tributarios [66].

f) La prescripción de las acciones y los ilícitos penales administrativos. En esta materia no existe precepto alguno que consagre un principio general acerca del plazo de prescripción aplicable a las acciones y a las sanciones de naturaleza penal que aplica la Administración Pública. Pero, aun cuando hay dificultades para establecer un principio general de prescripción en el campo sancionatorio administrativo, derivadas del carácter local que poseen gran parte de los ordenamientos que legislan sobre faltas o contravenciones, lo cierto es que existen numerosos regímenes especiales, de carácter federal, donde la respectiva competencia constitucional ha sido atribuida a la Nación.

No obstante ello y dada la sustancia preventiva y represiva que poseen las sanciones penales administrativas, que castigan la comisión de ilícitos de esa naturaleza, rigen todas las normas y principios que sobre prescripción contiene el Código Penal, en virtud de lo preceptuado en el art. 4° de dicho cuerpo orgánico.

Esta conclusión, que se ha impuesto en muchos casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no fue la postura adoptada inicialmente por la jurisprudencia, que mostró sus vacilaciones y hasta criterios contrarios a la aplicabilidad de los preceptos del Código Penal. Para ello, el Alto Tribunal sostuvo que la omisión de disposiciones sobre la prescripción en materia de leyes de policía no se puede suplir con el auxilio de otras leyes, agregando también el argumento de que la prescripción en materia penal no procede de garantía constitucional alguna [67].

Esta interpretación no puede considerarse aceptable. Aquí no se trata de supuestos de analogía sino de la aplicación directa o supletoria de las normas por imperio de un mandato legal expreso (art. 4°, Cód. Pen.). No obstante, a idéntica conclusión habría que arribar de sostenerse que estos casos resultan regulados por la técnica de la

65 Que prescribe: "Nadie puede ser procesado ni condenado sino una sola vez por el mismo hecho. Sin embargo, el procesamiento y la condena de alguno, o su absolución, por la autoridad administrativa, con relación a una falta, no impedirán su procesamiento ni su condena ulteriores, por el mismo hecho, cuando éste sea constitutivo de delito; en cuyo caso, tampoco representará impedimento lo que hubiese decidido la autoridad judicial con relación a sanciones disciplinarias, a funcionarios o empleados permanentes de los Tribunales, o a otras personas que intervengan en los procesos".

66 GARCÍA BELSUNCE, Horacio, *op. cit.*, pág. 3.

67 *Fallos*, 259:231 y sigs.

analogía pues la analogía prohibida en materia penal no es —como se ha visto— la que juega a favor del particular. Tampoco es posible aceptar el forzado argumento según el cual la prescripción no integra garantía constitucional alguna pues ella hace a la garantía de la defensa o del debido proceso, que se conecta con el denominado derecho a la libertad integral del ciudadano [68].

Años más tarde la Corte cambió ese criterio interpretativo al sostener que a las infracciones de naturaleza penal-administrativa le resultan aplicables las disposiciones generales del Código Penal [69].

7. EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

El aumento creciente de la despenalización de la llamada jurisdicción administrativa primaria —como ha sido denominada entre nosotros— plantea una serie de problemas que pueden resumirse en la ausencia real de garantías y en la existencia de vacíos legislativos para resolver diversos aspectos inherentes al procedimiento sancionatorio.

Parece preferible que los organismos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales se transformen en órganos especializados del poder judicial, asegurando así a sus miembros todos los caracteres que hacen a la independencia de los jueces (inamovilidad y, sobre todo, imparcialidad) [70].

En lo que concierne al régimen aplicable al procedimiento sancionatorio hay que advertir que cuando se trata de juzgamiento de infracciones de sustancia penal, frente a la ausencia de preceptos generales que regulen expresamente la cuestión en el orden nacional, corresponde aplicar, por analogía, las disposiciones del Código Procesal Penal [71], sin perjuicio de la aplicación de las normas y principios de la ley 19.549 y su reglamentación.

En este último sentido, al juzgar la aplicación de una multa impuesta por la Junta Nacional de Carnes, la Corte Suprema dejó sin

68 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, nro. 1565, pág. 607.

69 *Fallos*, 287:76; 289:336; 290:202; 295:307 y 300:717 (este último precedente se caratuló "Rabinovich, José s/ recurso contra Resolución del Banco Central de la República Argentina"). En otro caso (*Fallos*, 301:426) la Corte dijo que las disposiciones generales del Código Penal son aplicables a las infracciones cambiarias en tanto no se advierta incompatibilidad entre una y otras, con lo que parece aceptar la idea de la aplicación analógica.

70 Conf. GUASTAVINO, Elías P., *Tratado de la Jurisdicción Administrativa y su Revisión Judicial*, t. I, págs. 300-301, Buenos Aires, 1987.

71 Así lo prescriben algunas leyes especiales (v.gr. art. 28, ley 20.680).

efecto la decisión administrativa que la había decretado porque al haberse denegado la prueba ofrecida por el sancionado se conculcaron las reglas del debido proceso adjetivo que garantizan el art. 18 de la Const. Nac. y el art. 1°, inc. f) de la ley 19.549 [72].

Las grandes líneas del procedimiento sancionatorio deben orientarse a garantizar un adecuado derecho de defensa [73] y la razonabilidad de todos los actos que se dicten en el curso del procedimiento, asegurándose una revisión judicial amplia y suficiente [74] con amplitud de debate y prueba.

8. DISTINTAS CLASES DE SANCIONES PENALES-ADMINISTRATIVAS

La ausencia de codificación en esta materia junto a la dispersión legislativa existente, provocada por la falta de criterios normativos uniformes o, al menos, compatibles, dificulta enormemente su sistematización orgánica, objeto éste en cierto modo inalcanzable por la intervención de tres órdenes de gobierno diferentes (nacional, provincial y municipal), cuyos productos normativos se vuelcan en leyes, reglamentos y ordenanzas.

Las penas que puede disponer la Administración se clasifican por su modo de aplicación en principales o accesorias, paralelas, alternativas y conjuntas [75]. Otra clasificación finca el distingo en la lesión producida a los bienes jurídicos que se afectan con la aplicación de las sanciones penales, en cuanto ellas puedan implicar la privación de libertad, la disminución del patrimonio y aun su pérdida o la suspensión del ejercicio de determinados derechos personales o so-

72 *Fallos*, 297:360, publicado en LL, t. 1977-C, pág. 129 con nota de MICELE, Mario R., titulada "Recursos judiciales contra sanciones aplicadas por órganos de la Administración".

73 Conf. LINARES, Juan F., "La garantía de defensa frente a la Administración", en LL, t. 142, pág. 1137.

74 GUASTAVINO, Elías P., *op. cit.*, t. I, pág. 302.

75 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. V, págs. 302-303, Buenos Aires, 1954. Son penas principales aquellas que poseen autonomía y que se justifican por sí mismas mientras que hay penas accesorias que mantienen siempre una relación de dependencia con la sanción principal. A su vez mientras el carácter paralelo de una pena alude a una distinta naturaleza aunque con idéntica magnitud (v.gr. prisión o arresto de un año) las sanciones alternativas permiten la elección entre dos penas de naturaleza y magnitud diferentes (ej. infracción reprimida con multa o prisión). Por supuesto, las penas conjuntas se configuran en aquellos supuestos en que la norma prescribe que deben aplicarse conjuntamente, tal como sería una contravención para la que se establezca una pena de multa y de arresto, simultáneamente.

ciales. Veamos, a continuación, las diferentes medidas sancionatorias, de naturaleza penal, que aplica la Administración.

A) La pena de multa

Es la sanción quizás más utilizada en el campo contravencional, habiéndosela considerado como la pena típica en esta materia [76]. Consiste en una obligación de dar sumas de dinero, cuyo pago impone la Administración por la violación de una norma de policía, poseyendo naturaleza penal sólo cuando persigue una finalidad preventiva y/o represiva.

La pena de multa se ha extendido en demasía en los últimos tiempos desempeñando un papel sustitutivo de las penas privativas de libertad de breve duración y también se aplica para reemplazar las penas aplicadas a delincuentes primarios, tal como acontece con la función que cumple la figura de la condena de ejecución condicional [77].

Si bien la pena de multa es susceptible de afectar significativamente el patrimonio de una persona, esa lesión patrimonial no puede ser confiscatoria, toda vez que el instituto de la confiscación general de bienes ha sido objeto de una prohibición expresa en el art. 17 de la Const. Nac. [78].

B) La prisión y el arresto

La prisión y el arresto son penas de idéntica naturaleza que afectan la libertad ambulatoria y que sólo difieren en punto a la posibilidad de exigirle al condenado a una pena de prisión algún trabajo obligatorio [79], lo que no se justifica en el mero arresto [80] cuya duración suele ser menor que la pena de prisión.

76 Conf. BIELSA, Rafael, "Naturaleza jurídica de la multa administrativa", JA, t. 60, pág. 25.

77 FONTÁN BALESTRA, Carlos, *op. cit.*, t. III, págs. 375-376, Buenos Aires, 1990.

78 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos*, 179:54 y sigs.) ha considerado que la confiscatoriedad se refiere a cada infracción y no al conjunto de infracciones que haya cometido el particular.

79 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *op. cit.*, t. IV, págs. 303-304.

80 En contra: MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, nro. 1557, pág. 602, considera que se trata de penas similares, no aceptando la exigencia del trabajo obligatorio en las penas contravencionales. En nuestra opinión y tal como es utilizado en distintos Estados norteamericanos, el trabajo obligatorio, en el caso de faltas o contravenciones, cumple una función preventiva de gran ejemplaridad social.

C) Inhabilitación

Otra figura sancionatoria que viene a limitar la autonomía personal, aunque con otro alcance que las penas privativas de la libertad, es la denominada inhabilitación, que incide sobre la autonomía para realizar las propias actividades que venía ejerciendo el autor de una falta o contravención. A diferencia de otras penas, la inhabilitación opera para el futuro, pues su fundamento radica en la protección de la sociedad frente al riesgo de que el sancionado pueda volver a cometer infracciones que afecten desde el orden público hasta cargos profesionales inherentes a los servicios públicos. En otras ocasiones, la pena de inhabilitación se impone como medida accesoria para castigar un delito penal y evitar la producción de daños directos a las personas, tal como ocurre con las inhabilitaciones para conducir, a raíz de la comisión de un delito.

Existen diferentes clases de inhabilitación variando su régimen en tanto ellas comporten una limitación general o especial de derechos, o bien, su duración sea perpetua o temporal.

D) Otras penas: amonestación, clausura, retiro de la personería jurídica, decomiso y caducidad

Aparte de las sanciones que se han expuesto la Administración puede aplicar una variada gama de penas que van desde la mera amonestación para castigar infracciones que no revisten gravedad, el decomiso, la clausura de un establecimiento industrial o comercial, el retiro de la personería al ente que hubiera cometido una grave infracción hasta la caducidad, como pena accesoria a la inhabilitación (v.gr. caducidad de un permiso de uso del dominio) [81].

9. EXTINCIÓN DE LAS SANCIONES PENALES DE POLICÍA ADMINISTRATIVA

Como principio general rigen en materia de extinción de sanciones de naturaleza penal que impone la Administración Pública las reglas y principios prescriptos en el Código Penal, según lo ha reconocido desde antiguo la jurisprudencia de la Corte Suprema [82]. En

81 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, nros. 1561-1562-1563, págs. 604-605.

82 *Fallos*, 185:25, en el caso "Soc. Anón. Frigorífico Anglo V. Junta Nacional de Carnes" donde se señaló que "dado el carácter penal de las multas y no existiendo disposición especial alguna sobre la prescripción de la acción ni de las penas son de aplicación los principios generales del Código Penal".

este sentido, las penas se extinguen por la muerte del infractor, la amnistía y la prescripción [83]. A estas causales cabe añadirle otras provenientes del derecho constitucional —como el indulto o condonación— [84] y del Derecho Administrativo, que interfiere en este ámbito con su propia regulación como, por ejemplo, cuando mediante el dictado de un acto administrativo se extinguen los efectos de las sanciones penales como consecuencia de una revocación dispuesta por razones de ilegitimidad.

83 Art. 59 del Cód. Pen.

84 Véase: LOZANO, Blanca, *La Extinción de las Sanciones Administrativas y Tributarias*, pág. 185, Madrid, 1990; apunta esta autora que la condonación administrativa al igual que el indulto penal, traduce una potestad "esencialmente discrecional en cuanto a la oportunidad de la concesión y la extensión del beneficio".

CAPÍTULO VI

LAS POTESTADES ABLATORIAS Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS REALES DE LOS PARTICULARES

SUMARIO

Sección 1ª

LA EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA

1. Introducción: potestades ablatorias, limitaciones y delimitaciones de derechos.
2. Sobre los antecedentes de la expropiación.
3. El fundamento del poder de expropiar.
4. Concepto legal de utilidad pública: su calificación legislativa.
5. Sujetos de la relación expropiatoria.
   A) Sujeto activo.
   B) Sujeto pasivo.
6. El objeto expropiable.
7. La indemnización expropiatoria como institución de Derecho Público.
   A) El juego de los principios y requisitos constitucionales.
   B) Extensión y medida de la compensación: el concepto legal de valor objetivo y su influencia en el sistema indemnizatorio de la LE.
   C) La indemnización de los daños que sean consecuencia directa o inmediata de la expropiación.
   D) El pago en dinero efectivo.
   E) Depreciación monetaria e intereses.
   F) Resarcimiento de las mejoras, valor llave y valor empresa en marcha.

8. Procedimiento extrajudicial.
9. Procedimiento judicial ("contencioso expropiatorio"). Prescripción.
10. Plazo de la expropiación (abandono). Expropiación diferida.
11. La expropiación irregular o inversa.
12. El derecho de retrocesión y su regulación procesal.
    A) Naturaleza jurídica de la retrocesión.
    B) Presupuestos especiales de la pretensión procesal.
        a) Intimación o reclamación administrativa previa.
        b) Denegatoria expresa o tácita.
        c) Perfeccionamiento de la expropiación.
        d) Legitimación activa.
        e) Plazo.
    C) Condiciones de fondo para la procedencia de la demanda de retrocesión.
        a) Expropiación sin habérsele asignado al bien destino alguno.
        b) Cambio de destino.
    D) Contraprestación ulterior que debe cumplimentar el expropiado: su actualización.

Sección 2ª

LA OCUPACIÓN TEMPORÁNEA

1. Razones para una regulación diferenciada de la expropiación.
2. Distinción con otras figuras jurídicas (requisiciones y servidumbres).
3. Concepto legal. La ocupación temporánea normal.
4. La ocupación temporánea anormal: requisitos.
5. Otras cuestiones: situación de los terceros. Prescripción de las acciones.

Sección 3ª

OTRAS FIGURAS QUE IMPLICAN EL EJERCICIO DE POTESTADES ABLATORIAS

1. La figura de la requisición.
2. Otras transferencias coactivas: el decomiso y la confiscación.

CAPÍTULO VI

LAS POTESTADES ABLATORIAS Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS REALES DE LOS PARTICULARES

Sección 1ª

LA EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA

1. INTRODUCCIÓN: POTESTADES ABLATORIAS, LIMITACIONES Y DELIMITACIONES DE DERECHOS

Los actos de gravamen no quedan circunscriptos [1] a la actividad de limitación y delimitación de derechos, sino que comprenden también una amplia gama de actos o procedimientos que habilitan a la Administración a ejercer poderes jurídicos más intensos a través de las llamadas potestades ablatorias.

En efecto, mientras la limitación viene a operar sobre las condiciones relativas al ejercicio del derecho, sin modificar los derechos subjetivos del titular y, la delimitación, a comprimir su contenido normal, la potestad ablatoria [2] produce una privación o eliminación de derechos privados en atención a un interés público que nuestra Constitución Nacional y la legislación califican en su grado más intenso (cuando los procedimientos ablatorios inciden sobre derechos reales) [3] bajo el concepto jurídico indeterminado de *expropiación por utilidad pública* (art. 17, Const. Nac. y art. 1°, LE).

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 97, Madrid, 1981.

2 GIANNINI, Massimo S., *Diritto Administrativo*, t. II, pág. 1181 y sigs., Milán, 1970.

3 Los procedimientos ablatorios también pueden afectar derechos de obligación. Tal

Esta privación de los derechos patrimoniales del particular comporta una situación de legítimo y real sacrificio impuesto por consideraciones inherentes al bien común o interés público, que se singulariza en una operación concreta [4], afectando a un sujeto o conjunto de sujetos determinados, a diferencia de la figura de la delimitación de derechos (tradicionalmente englobados bajo el denominado régimen administrativo de la propiedad privada) que comporta una delimitación abstracta del contorno del derecho, que grava por igual a todos los titulares concretos.

De allí surge la necesidad de proceder a la conversión del sacrificio de los derechos patrimoniales que provoca la expropiación, dado que, al afectar singularmente a una persona en sus derechos concretos de un modo especial, la falta de adecuada y oportuna reparación del desequilibrio haría asumir sólo a ella la carga pública que implica la expropiación, generando una situación de desigualdad con el resto de las personas. Por eso, se ha dicho que el sacrificio que produce la expropiación se reduce al mínimo, al sustituirse por la indemnización que se otorga al particular, logrando así que la carga pública que —en sentido lato— supone la extinción de la propiedad no recaiga, exclusivamente, sobre el expropiado y que se distribuya entre toda la colectividad [5].

2. SOBRE LOS ANTECEDENTES DE LA EXPROPIACIÓN

Una visión retrospectiva histórica sobre esta institución demuestra que, prescindiendo de la controversia en torno a si la figura de la expropiación tuvo o no acogida en los ordenamientos antiguos, más probablemente en Roma [6], lo cierto es que no puede desconocerse que ella aparece con perfiles bastante nítidos en las Siete Partidas de Alfonso el Sabio [7], si bien sin que se alcanzara a desarrollarse una

---

el caso, entre otros, del empréstito forzoso, el servicio militar y, en general, de todas las cargas públicas de naturaleza personal.

4 ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 495, trad. del italiano, Barcelona, 1970.

5 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 202.

6 LEGON, Fernando, *Tratado Integral de la Expropiación Pública*, pág. 122 y sigs., Buenos Aires, 1934, con apoyo en Orlando (pág. 124, nota 25) señala que, según algunos autores, resulta imposible poner en duda que, entre los romanos, se ignoraba el instituto de la expropiación.

7 Ley 2da., Título I de la Partida 2da. y la ley 31 del Título XVIII de la Partida 2ª. La

técnica procesal completa de la institución hasta el advenimiento del constitucionalismo europeo, donde la conversión del sacrificio del administrado en una justa indemnización se plasmó como una garantía constitucional nominada reglamentada y, por ende, complementada por los preceptos de la legislación.

Ese principio general del derecho que recoge las Partidas no es más que la expresión formal del *jus commune* europeo que, a través de la teoría del dominio eminente o de la teoría del Fisco (esta última en Alemania desarrollada en pleno auge del absolutismo) [8], proclamaba la exigencia de la correlativa *restitutio* patrimonial.

En lo que concierne a nuestro país, la cláusula que, inspirada en las ideas de Alberdi, preceptúa la Constitución Nacional, en su art. 17, perfecciona los numerosos antecedentes patrios que existían —como los preceptos contenidos en las constituciones de 1819 y de 1826 [9]— y termina apartándose, ostensiblemente, del modelo norteamericano [10]. En este punto está claro que los constituyentes de 1853 adoptaron una fórmula inspirada en la concepción que consagró el Código de Napoleón en su art. 545. Sobre tal base, el art. 17 de la Const. Nac. consagra la inviolabilidad del derecho de propiedad y, al propio tiempo prescribe el régimen garantístico de la propiedad, asentado en el reconocimiento de cuatro principios esenciales: *a)* la privación de la

---

primera de ellas prescribe: *Si por aventura gelo oviese menester a tomar heredad por razón que el Emperador oviese menester de facer alguna cosa en ello que se tornase procomunal de la tierra, tenudo es por derecho de la dar ante buen cambio que vala tanto o más, de guisa que el finque pagado a bien vista de homes buenos.* Y la segunda agrega: *Si el Rey la oviese menester por facer alguna lavor o alguna cosa que fuese procomunal del Reino, así como si fuese alguna heredad en que oviese de facer Castillo, Torre o puente o alguna otra cosa semejante de estas que tornase a proamparamiento de todos o de algún lugar señaladamente. Pero esto deven facer en una de estas dos maneras: Dándole cambio por ello primeramente, o comparándolo según que valiera.*

8 Véase: FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 158, trad. del alemán, Madrid, 1958.

9 Por ejemplo: los arts. 123 y 124 de la Constitución de 1819 y los arts. 75 y 76 de la Constitución de 1826.

10 GONZÁLEZ, Joaquín V., *La Expropiación ante el Derecho Público Argentino*, t. I, pág. 31, Buenos Aires, 1915. En la Enmienda V (del año 1791) la Constitución norteamericana estatuye que a ninguna persona se le podrá quitar: *la propiedad sin las debidas formas de ley; ninguna propiedad privada podrá tomarse para uso público sin generar indemnización.* Mientras el criterio del *uso público* resulta por una parte más restringido que el de *utilidad pública* que emplea nuestra Constitución Nacional, esta última consagra mayores garantías a los particulares que no figuran en la Constitución norteamericana, cuyo sistema sigue aferrado al casuismo del *common law* y a la arcaica concepción del dominio eminente, aun cuando su aplicación no ha generado abusos probablemente debido a las ideas y prácticas políticas que allí imperan.

propiedad sólo opera en virtud de sentencia; *b)* se requiere el dictado de una ley declarativa de la utilidad pública como fundamento de la sentencia; *c)* el sacrificio patrimonial implica indemnización, y *d)* la indemnización ha de ser previa [11], y aun cuando no se prescriban expresamente otros requisitos constitucionales la indemnización ha de ser también justa, integral, actual y pronta [12].

En el orden nacional, la citada cláusula constitucional fue reglamentada, sucesivamente, por las leyes 189 y 13.264, cerrándose el ciclo de la evolución legislativa con la sanción de la ley 21.499 en el año 1977 [13].

3. EL FUNDAMENTO DEL PODER DE EXPROPIAR

La cuestión concerniente al fundamento de la expropiación no puede resolverse con apoyo en la teoría del *dominio eminente* que postula la configuración de la potestad expropiatoria como un atributo inherente a la soberanía que consagra el derecho absoluto del Estado, frente al que ceden los derechos de los particulares, cuando aquél reasume su poder de dueño del territorio [14].

No vamos a efectuar aquí —por razones obvias— una reseña completa de las distintas teorías formuladas para proporcionar el fundamento de la expropiación [15] que, en definitiva, condicionan el alcance del concepto jurídico indeterminado de *utilidad pública* operando como límite para su calificación legislativa e interpretación jurisdiccional.

11 A un razonamiento similar arriba BIELSA, en su *Derecho Administrativo*, pág. 420, nota 20, 3ª ed., Buenos Aires, 1939, sosteniendo que las garantías de la propiedad que prescribe la Constitución en materia de expropiación no encuentran explicación en la teoría del dominio eminente.

12 Conf. LINARES, Juan F., "Valor objetivo e indemnización en la ley 21.499", en RADA, nro. 15-16, pág. 58, Buenos Aires, 1977.

13 Redactada por una comisión que integramos con los dres. Marienhoff, Cozzi y Vaquer.

14 FORSTHOFF, Ernest, *op. cit.*, pág. 41, afirma que el concepto de *dominio eminente* sólo puede comprenderse "si se tiene en cuenta que estaba destinado a fundamentar jurídicamente, en la terminología tradicional, algo nuevo para lo que no existía nombre aún: la soberanía administrativa sobre el orden social de los bienes. Por eso era preciso la conexión con el *dominum* del cual es derivado el título para el amplio derecho del soberano. Junto a este *dominium eminens*, referido al orden de la propiedad, surge también la *potestas eminens* referida, a su vez, a la persona y a las libertades de los súbditos. Ambas nociones confluyen en el concepto superior de *ius eminens*, el cual se convierte en el denominador común de la amplia soberanía administrativa del príncipe".

15 Véase: LEGON, Fernando, *op. cit.*, pág. 79 y sigs.

Si bien se ha sostenido que su justificación se halla en la necesidad que tiene la Administración, para satisfacer sus finalidades públicas, al contar con bienes que pertenecen a la propiedad de los particulares, cuyos derechos se encuentran subordinados a los intereses públicos [16], la determinación del fundamento de la potestad expropiatoria requiere indagar sobre la causa de la obligación o deber de sacrificar derechos patrimoniales que, en ciertas circunstancias, se impone a las personas privadas. No creemos, tampoco, que la expropiación tenga su justificación en la ley [17] ya que la potestad expropiatoria nunca podría contrariar los fines del Estado ni los principios del derecho natural, siendo la ley sólo el medio o instrumento para declarar la utilidad pública.

Su fundamento reposa en la obligación de contribuir al bien común [18] conforme a un vínculo que enlaza al particular con el Estado en virtud de una relación propia de la llamada justicia legal. Esta especie de justicia, de naturaleza general, contiene el deber de contribución común a través de prestaciones obligatorias de los particulares, que en este caso, son de carácter real. Así como el bien común impone el sacrificio de la propiedad, la inviolabilidad de éste resulta garantizada mediante la conversión del derecho real en un derecho creditorio (en una justa y previa indemnización). Por eso, en este esquema jurídico de la expropiación, no cabe esgrimir la superioridad absoluta del derecho estatal sobre el Derecho Privado patrimonial. En rigor, se trata del fenómeno de disponibilidad de determinadas potestades ablatorias que vienen a imponer un sacrificio a través de mecanismos sustitutivos como la indemnización, que la propia Constitución Nacional exige que sea previa. De ese modo, se afirma la concepción que condensa la conversión de la carga pública en un equivalente económico.

4. CONCEPTO LEGAL DE UTILIDAD PÚBLICA: SU CALIFICACIÓN LEGISLATIVA

En la mayoría de los ordenamientos que exhibe el derecho comparado la causa que justifica el ejercicio de la potestad expropiatoria

16 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 190, 10ª ed., Madrid, 1987.

17 Como lo postulan GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 202.

18 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, pág. 137; BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. II, pág. 345, Buenos Aires, 1966; MAIORANO, Jorge L., *La expropiación en la ley 21.499*, pág. 16, Buenos Aires, 1978.

se halla configurada en la ley, lo cual opera como una garantía [19] que limita la discrecionalidad del legislador haciendo que la calificación legal se torne objetiva y concreta, en cada caso. Al propio tiempo, a través de otros mecanismos que más adelante veremos, juega para obligar a la Administración a cumplir con la finalidad que persigue la ley.

Como ya vimos, nuestra Constitución, siguiendo el modelo francés [20], recoge el concepto de *utilidad pública* para definir la *causa expropiandi*, empleando una fórmula legal que supera el criterio más estrecho de la necesidad pública o del uso público.

De acuerdo con el art. 1° de la LE *la utilidad pública que debe servir de fundamento legal a la expropiación comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material*. Este concepto legal importa [21], en rigor, una ampliación tanto del primitivo criterio que limitaba el objeto de la expropiación a la finalidad de realizar obras públicas o servicios públicos como del criterio que concebía la utilidad pública sobre la base de una idea economista, puramente material, que no incluía la satisfacción de intereses de tipo moral o espiritual. Así —por ejemplo— la expropiación de un conjunto de obras de arte con el propósito de exhibirlas en un museo configura una causal que, aun cuando no satisface una necesidad material sino de naturaleza espiritual o cultural de los habitantes, se encuentra enmarcada en el concepto legal de *utilidad pública*.

La expresión *bien común* [22] que emplea la fórmula legal resulta tan alejada de las tendencias vinculadas con el igualitarismo social como de aquellas corrientes estatistas, de inspiración hegeliana, que consideran que el Estado es el único sujeto del bien común [23]. Ella se

19 La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que la exigencia de la utilidad pública constituye para los particulares una garantía constitucional consagrada en protección de la propiedad privada (*In re* "Nación Argentina c/ Fernández, Jorge J.", *Fallos*, 251:246).

20 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*, pág. 59, Madrid, 1984.

21 Un criterio similar es el que propició, en su momento, el "Instituto Argentino de Estudios Legislativos" a propuesta de Walter A. Villegas. Véase de este autor: *Régimen jurídico de la expropiación*, pág. 31 y sigs., Buenos Aires, 1973. El art. 1° del mencionado proyecto (fuente del precepto equivalente de la actual LE) prescribía: "El concepto de 'utilidad pública' es extensivo a todo lo que representa o tienda a lograr una satisfacción para la colectividad, sea ésta de índole material o puramente espiritual".

22 CASSAGNE, Juan C., "Expropiación: causa, sujeto y objeto. Las obras o planes de ejecución diferida", en el libro *La Ley Nacional de Expropiaciones, nro. 21.499*, pág. 44, Buenos Aires, 1977.

23 Entre nosotros, la fórmula legal ha sido ponderada por la doctrina; ver: MAIORANO, Jorge L., *op. cit.*, pág. 26.

refiere al conjunto de las condiciones sociales que consienten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su personalidad [24].

No obstante la amplitud del referido criterio legal, el *bien común* se erige en un concepto jurídico indeterminado que excluye la discrecionalidad legislativa o administrativa, exigiendo que él se concrete en un acto singular y concreto. Y si bien la satisfacción de la finalidad apuntada puede producirse de manera directa o indirecta, lo cierto es que su razonabilidad precisa hallarse fundada en un interés comunitario que beneficie a los habitantes o a un sector de éstos y que sea compatible con el sistema constitucional, concebido sobre la base de que los derechos fundamentales, principalmente la propiedad y las distintas libertades, han sido instituidas a favor de los particulares (art. 14, Const. Nac.) y no del Estado. Es indudable que estos límites operan sobre el Parlamento cada vez que proceda a la calificación legislativa de la utilidad pública, por imperio de lo prescripto en el art. 28 de la Const. Nac. (principio de razonabilidad).

Para captar el sentido de la expropiación forzosa y el alcance objetivo de la *causa expropriandi* hay que advertir que aquélla no constituye un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de una actividad del poder público, cuya finalidad, en cierto modo, supera a la propia operación expropiatoria. De allí que la inserción de la *causa expropriandi* en la expropiación forzosa tenga carácter permanente, no quedando circunscripta a la oportunidad en que se emite la declaración legislativa de la utilidad pública ni se agota con la transferencia de la propiedad al expropiante [25]. Este funcionamiento de la *causa* expropriandi que conecta la expropiación al destino del bien expropiado de un modo continuo y permanente, genera una doble consecuencia: por un lado, el deber esencial relativo a su realización y, por el otro, el consecuente derecho del expropiado para demandar la retrocesión del bien en caso de incumplimiento de la finalidad expropiatoria.

La declaración legislativa de la utilidad pública precisa referirse, en principio, a bienes determinados (art. 5°, primera parte, LE), lo cual no impide que, excepcionalmente, se admita la declaración genérica en aquellos casos en que existan razones que impidan realizar la determinación anticipada y específica de los bienes a expropiar y

24 Resulta fácilmente advertible que la fórmula legal utilizada en el art. 1° de la LE constituye una aplicación de las concepciones contenidas en la Doctrina Social de la Iglesia; conf. MAIORANO, Jorge L., *op. cit.*, pág. 26.

25 Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.*, pág. 63.

con la finalidad de evitar el retardo en la satisfacción de los intereses públicos en juego. Sin embargo, la procedencia de la declaración genérica queda circunscripta por la ley a una serie de requisitos (art. 5°, segunda parte), a saber: *1°)* los bienes que constituyen el objeto de la expropiación han de ser necesarios para la ejecución de una obra o la ejecución de un plan o proyecto [26]; *2°)* la declaración de utilidad pública debe realizarse en base a informes técnicos referidos a planos descriptivos, análisis de costos u otros elementos, que fundamenten los planes o programas a concretarse; y *3°)* tiene que existir una directa vinculación o conexión entre los bienes a expropiar y la obra, plan o proyecto a realizar. Por último, el art. 5° de la LE prescribe que: "en caso de que la declaración de utilidad pública se refiere a inmuebles, deberán determinarse, además las distintas zonas..." lo que implica la exigencia de precisar el área geográfica a la que queda circunscripta la calificación genérica de utilidad pública.

Un tema de particular trascendencia vinculado con la *causa expropiandi* es el relativo al alcance del control judicial de la respectiva declaración legislativa porque, no obstante la tendencia de la doctrina favorable a la amplitud de la revisión judicial [27] existen fallos jurisprudenciales que han limitado el control de los jueces a los casos en que median supuestos de gravedad o arbitrariedad extremos [28]. Esta tendencia jurisprudencial limitativa del alcance de la revisión judicial, que suele fundarse en el hecho de que el objeto del contralor, al penetrar en el análisis de la potestad legislativa, podría llegar a alterar el principio de la división de los poderes, es a todas luces, insostenible. En efecto, con una tesis semejante, lejos de afirmarse la división de poderes se la debilita, al consagrarse la omnipotencia del legislador. El Estado de Derecho exige, por el contrario, que para garantizar los derechos y garantías fundamentales, en este caso vincu-

26 En la ley española la expropiación forzosa, en casos similares, requiere la elaboración de planes, lo que presupone un ordenación, ciertamente general, distinta a la mera realización de un proyecto concreto.

27 Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, pág. 196 y sigs., Buenos Aires; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional y Comparado*, t. IV, pág. 151 y sigs., Buenos Aires, 1956; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. VI, pág. 354 y sigs.; MAIORANO, Jorge L., *op. cit.*, págs. 29-32.

28 *Fallos*, 251:246; en la actualidad la jurisprudencia de la Corte admite la revisión judicial de la declaración y subsistencia de la causa de utilidad pública (*Fallos*, 291:507, considerando 17 *in fine*) en hipótesis de manifiesta arbitrariedad (*in re* "Cía. Azucarera Tucumán c/ Gobierno Nacional", de fecha 21-IX-1989, LL, t. 1989-IV, pág. 425 y sigs., especialmente en el considerando 9°, *in fine*).

lados con la propiedad privada, la declaración de utilidad pública que efectúa el Parlamento pueda impugnarse por los particulares antes o después del procedimiento expropiatorio y ser objeto de un control amplio por parte de los tribunales de justicia.

5. SUJETOS DE LA RELACIÓN EXPROPIATORIA

A) Sujeto activo

Nuestra LE no distingue, en forma expresa, a diferencia de la ley española, entre sujeto activo y beneficiario de la relación expropiatoria. El art. 2° de la LE prescribe que la titularidad de la potestad expropiatoria corresponde al Estado Nacional lo que no es óbice para que también puedan ejercerla la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, las entidades autárquicas y las empresas del Estado de carácter nacional *en tanto estén facultadas para ello por sus respectivas leyes orgánicas y por leyes especiales*. De ese modo, la LE se ha inclinado por un criterio amplio que supera las concepciones imperantes en aquellos ordenamientos (v.gr. art. 2° I, de la ley española) que limitan la potestad de expropiar al Estado, la Provincia o el Municipio [29]. Esta limitación ha pretendido justificarse sobre la base de la idea de que sólo dichas personas "representan los fines generales y abstractos de la Administración que entran inevitablemente en juego en el ejercicio de la potestad de expropiar" [30]. Sin embargo, aparte de que la menor generalidad de los fines que persiguen las demás entidades territoriales o institucionales del Estado constituye una cuestión de grado y que, en definitiva, ellos son una porción separada de esos fines generales, lo cierto es que, al confundirse las figuras del sujeto activo y del beneficiario, la solución de la ley resulta más conveniente.

Por esta causa, a los efectos de facilitar la realización del interés público que persigue la Administración, la LE (art. 2°, *in fine*) apodera a los particulares para que, mediante *acto administrativo fundado en ley*, puedan también actuar como sujetos activos de la relación

29 Las leyes especiales que facultan a determinadas entidades autárquicas a realizar expropiaciones (tal el caso de la Dirección Nacional de Vialidad) no fueron derogadas por la LE, manteniendo su vigencia en tanto los preceptos de la ley especial anterior sean compatibles o no repugnen a la ley general posterior; véase: CASSAGNE, Juan C., "Causa, sujeto y objeto de la expropiación. Los planes de ejecución diferida", en *Cuestiones de Derecho Administrativo*, pág. 172, Buenos Aires, 1987.

30 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.*, pág. 47.

expropiatoria. De esa manera, algunos particulares como los concesionarios de obra o de servicios públicos [31], se colocan en la misma posición jurídica que el Estado para actuar como expropiantes.

Interesa destacar, al propio tiempo, que el ejercicio de la potestad expropiatoria que la LE atribuye a los diferentes sujetos que enuncia no significa otra cosa que el reconocimiento de la legitimación para actuar como expropiante, por cuanto nuestra ley ha seguido el modelo francés, según el cual la autoridad final en la materia es el poder judicial [32], único titular de la potestad de disponer la transferencia de la propiedad, salvo en caso de avenimiento, donde se admite la inscripción directa en el Registro de la Propiedad del decreto que lo aprueba (art. 32, LE).

En cuanto al beneficiario de la expropiación, la circunstancia de que la ley no lo haya contemplado en forma expresa no impide que esta situación jurídica llegue a configurarse en aquellos supuestos en que para la satisfacción de la utilidad pública (v.gr. indemnización) se requiere que la titularidad del objeto expropiado se transfiera a un particular o administrado [33] o bien, a otra persona pública estatal distinta de la entidad expropiante. El sistema de la LE no asimila ni confunde ambas figuras; simplemente ha reputado que son conceptos diferentes aunque el ordenamiento sólo comprenda la situación del sujeto expropiante, por no haber considerado necesario legislar sobre el beneficiario. En definitiva, todas las personas mencionadas en el art. 2° de la LE pueden actuar, indistintamente, como expropiantes y, a su vez, tener la calidad de beneficiarios [34].

31 Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, pág. 203; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. IV, págs. 382-383; en Francia también se ha reconocido el poder de expropiar a favor de personas privadas; véase: BRAIBANT, Guy, *Le Droit Administratif Français*, pág. 128, Dalloz, Paris, 1984.

32 En el sistema español la potestad expropiatoria pertenece plenamente a la Administración; véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.*, págs. 47-48.

33 Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, pág. 204. Se entiende por "beneficiario" a la persona a cuyo favor se transfiere, en definitiva, la propiedad del bien o cosa expropiada; ver también MAIORANO, José L., *op. cit.*, págs. 38-39.

34 La combinación de los supuestos posibles que podrían configurarse permiten reconocer cuatro hipótesis: 1) sujeto expropiante estatal que reviste también el carácter de beneficiario; 2) sujeto expropiante privado que se beneficia con la expropiación; 3) sujeto expropiante estatal y otra persona estatal beneficiaria; y 4) sujeto expropiante privado y otro sujeto particular que resulta directamente beneficiario de la expropiación.

B) Sujeto pasivo

El ejercicio de la potestad expropiatoria puede recaer tanto sobre una persona física o jurídica privada como también, respecto de una persona jurídica pública estatal o no estatal (art. 3°, LE). Dada la amplitud de la formulación legislativa ninguna duda cabe —aparte de no haber obstáculos de orden constitucional— para que el Estado nacional expropie cosas o bienes pertenecientes a las Provincias, las cuales, aunque en forma excepcional, pueden expropiar cosas o bienes de propiedad nacional, ya fuera que pertenezcan al dominio público o al dominio privado.

6. EL OBJETO EXPROPIABLE

En principio, toda clase de situaciones jurídicas patrimoniales pueden incluirse en el contenido de la potestad expropiatoria. Una antigua y arraigada jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal así lo viene sosteniendo desde el caso "Bourdie, Pedro c/ Municipalidad de la Capital" [35], donde interpretó el sentido que corresponde atribuir al derecho de propiedad en el sistema de la Constitución Nacional. En ese precedente sostuvo que el derecho de propiedad (o la propiedad a secas) *cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad. Los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien del dominio público (derecho a una sepultura), o de los que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado en favor de particulares (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de canales, puertos, etc.) se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio.*

35 *Fallos*, 145:307.

Quedan, sin embargo, fuera de la expropiación, los derechos de la personalidad, como el derecho a la vida, al honor, a profesar un culto, a la libertad y al nombre de las personas, ya que la privación de esos derechos sería inconstitucional al violar el principio de la dignidad de la persona humana que, como tal, posee una superior jerarquía, pues, aun cuando no se encuentre expresamente contemplado en el ordenamiento positivo de la Constitución, no se puede desconocer que constituye un principio general del derecho [36], proveniente del derecho natural, cuya cobertura constitucional se configura con la regla que prohíbe negar los derechos y garantías no enumerados [37].

De la circunstancia que la mayor parte de los derechos e intereses privados o públicos, de contenido patrimonial, puedan ser sacrificados por la expropiación no se desprende, a nuestro juicio, el carácter *claudicante* [38] ni condicionado [39] del derecho subjetivo de propiedad. Por de pronto, el sacrificio del expropiado no consiste en ceder su derecho patrimonial sino en la aceptación forzada o amigable de un sustitutivo económico que reemplace integralmente el valor de la cosa o derecho transferido. Pero, además de la intangibilidad de su derecho patrimonial, el expropiado queda de tal manera vinculado con la operación expropiatoria que se lo habilita incluso a revertir los bienes si no se cumple con el destino fijado por la ley y hasta puede promover la expropiación irregular o inversa cuando se dan los supuestos legales (art. 51, LE), con el objeto de realizar efectivamente la sustitución patrimonial.

A diferencia de lo que acontece en otras situaciones, donde el derecho del particular aparece condicionado o debilitado de antemano —en las que la carga del sacrificio patrimonial comporta un poder normal que se reconoce a la Administración como titular del interés público, para revisar en Derecho Administrativo sin derecho a indemnización (v.gr. permiso sobre un bien del dominio público)— aquí la privación consiste en un poder excepcional, rodeado de las máxi-

36 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La Dignidad de la Persona*, pág. 71 y sigs., Madrid, 1986.

37 Véase: SAGÜÉS, Néstor P., "Los derechos no enumerados en la Constitución Nacional", pág. 13 y sigs., *Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas - Anticipo Anales XIV*, Buenos Aires, 1985, afirma que el art. 33 de la Const. Nac. engloba, en primer lugar, a los derechos naturales del hombre y de la sociedad (pág. 253 y sigs.).

38 Como lo sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.*, pág. 51.

39 ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, pág. 498 y sigs., Milán, 1958; sin embargo, distingue el caso de los derechos donde el uso del poder antitético de la Administración resulta un fenómeno normal de aquellos otros supuestos, como la expropiación, donde ese poder antitético sobre el derecho privado representa un fenómeno anormal y patológico.

mas garantías constitucionales y legales que aseguran el principio de la intangibilidad del patrimonio del expropiado a través de la previa compensación de los valores del derecho sacrificado, el que cambia de objeto y se transforma en un derecho creditorio. En la medida en que se respeten los principios antes mencionados creemos que no es posible sostener entonces —al menos en el sistema de la LE—, que frente a la potestad expropiatoria el administrado posee un derecho claudicante o condicionado.

Volviendo a la explicación del ordenamiento positivo, éste ha consagrado como regla que la potestad de expropiar puede alcanzar cualquier clase de bienes siempre que fueran *convenientes o necesarios para la satisfacción de la utilidad pública, cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o al dominio privado...* (art. 4°, LE).

¿Cuáles son los bienes que resultan *convenientes... para la satisfacción de la utilidad pública*? Esta cuestión, que había planteado numerosas interpretaciones jurisprudenciales, ha sido resuelta por el art. 7° de la LE Esta norma, no obstante la amplitud del criterio legal, viene a tasar la potestad expropiatoria fijándole unos límites que la Administración no puede alterar a su arbitrio, al preceptuar que la declaración de utilidad pública podrá comprender también todos aquellos bienes *cuya razonable utilización en base a planos y proyectos específicos convenga material o financieramente a ese efecto, de modo que se justifique que las ventajas estimadas serán utilizadas concretamente en la ejecución del programa que motivó la declaración de utilidad pública.*

Se observa, en primer lugar, que el citado precepto, antes que el propósito de acrecentar el erario público [40], lo que persigue es facilitar la realización de la *causa expropriandi* mediante la utilización razonable de otros bienes, aunque éstos no sean estrictamente necesarios para encarar la operación expropiatoria, tal como son los denominados *préstamos* (terrenos adyacentes de los que se extraen los materiales que se utilizan en la construcción de una obra). En segundo término, la norma exige que se demuestre que la razonable utilización de esos bienes se hará *en base a planos y proyectos específicos* y también que se justifique o acredite la relación entre las ventajas estimadas y la ejecución del programa previsto [41] (concepto este últi-

40 VILLEGAS, Walter A., *Régimen Jurídico de la Expropiación*, pág. 88, Buenos Aires, 1973.

41 El concepto de *"programa"* prescripto en la última parte del art. 7° de la LE para

mo que no se requiere para los bienes *necesarios* donde el art. 5° de la LE sólo menciona a la obra, plan o proyecto).

Al reglamentar el objeto expropiable la LE incluye expresamente: *a)* los bienes del dominio público (art. 4°) que no son otros que los pertenecientes a las provincias o municipios habida cuenta de que el Estado Nacional jamás podría expropiar sus propios bienes dominiales [42]; *b)* el subsuelo con independencia de la propiedad del suelo (art. 6°, segunda parte); *c)* los inmuebles pertenecientes al régimen de propiedad horizontal (art. 6°, segunda parte); *d)* los objetos que resultan inadecuados para el propietario (arts. 8° y 9°). Estos últimos, habilitan al dueño a exigir la expropiación total del inmueble, básicamente, en dos supuestos: *1)* si como consecuencia de una expropiación parcial la parte sin expropiar fuera inadecuada para un uso o explotación irracional [43] y *2)* cuando se tratare de un inmueble que pertenezca a una misma unidad orgánica (v.gr. edificio de propiedad horizontal) y se afectare su estructura arquitectónica o su aptitud funcional.

7. LA INDEMNIZACIÓN EXPROPIATORIA COMO INSTITUCIÓN DE DERECHO PÚBLICO

Uno de los pilares donde, ciertamente, se asienta la solidez del edificio de una ley expropiatoria es el relativo a la indemnización, pues de los criterios y procedimientos establecidos para arribar a su determinación y pago hacen a la efectividad y justicia del sistema.

Su fundamento se conecta con la exigencia derivada del principio de la igualdad ante las cargas públicas, contenido en el art. 16 de

---

justificar la conveniencia de expropiar los bienes que no son necesarios implica la exigencia de un grado de una planificación mayor de la operación expropiatoria y, en definitiva, opera como una limitación de la potestad.

42 Conf. MAIORANO, Jorge L., *op. cit.*, pág. 47. A su vez, se ha sostenido que las Provincias también poseen la potestad de expropiar bienes del dominio público o privado del Estado nacional (MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, págs. 220-221) para preservar su existencia integral, conforme a sus leyes. Sin embargo, en caso de conflicto entre una ley provincial y una ley nacional, que declare la utilidad pública sobre un mismo bien, prevalece la ley nacional en virtud del principio de supremacía prescripto en el art. 31 de la Const. Nac.

43 El art. 8° de la LE en materia de terrenos urbanos, prescribe que se considerarán sobrantes inadecuados aquellos que quedaren con frente, fondo o superficie menores a las que permita la norma que autorice a edificar conforme a las ordenanzas o usos locales. A su vez, tratándose de inmuebles rurales las superficies inadecuadas deberán determinarse, en cada caso, teniendo en cuenta la explotación que venía efectuando al expropiado, eliminando así la facultad que, en tal sentido, le reconocía al Poder Ejecutivo la anterior legislación (13.264).

la Const. Nac., que prescribe la obligación del Estado de restablecer el equilibrio patrimonial del administrado alterado por la expropiación. Porque de sostenerse que esta última implica una suerte de carga pública se violaría la igualdad, por cuanto determinados particulares tendrían que soportar con exclusividad el sacrificio que importa la privación de una cosa o de un derecho, sin recibir a cambio el valor que representa esa ablación, desde el punto de vista patrimonial.

La indemnización, por la peculiaridad de su régimen jurídico, es un instituto perteneciente al Derecho Público, habiéndose superado las antiguas concepciones que postulaban la extensión a esta materia de las reglas del Derecho Civil [44]; sin embargo cabe distinguirla del precio que, por tener base convencional, resulta sometido al régimen aplicable a los contratos [45], tal como acontece en el caso del denominado avenimiento o cesión amistosa.

A) El juego de los principios y requisitos constitucionales

La naturaleza pública que, en nuestro ordenamiento, reviste la indemnización se desprende claramente de un análisis básico del precepto que prescribe que la privación de la propiedad debe ser "previamente indemnizada" (art. 17, Const. Nac.). Esta prescripción, que se revela como un corolario imperativo (aun cuando el constituyente pudo haber establecido un sistema distinto) del principio de la inviolabilidad de la propiedad, viene a configurar uno de los presupuestos esenciales de la legitimidad del ejercicio de la potestad expropiatoria [46], cuyo incumplimiento impide el perfeccionamiento de la expropiación [47]. La fuerza de esta regla constitucional ha sido tan grande entre nosotros que ha impedido la regulación de las llamadas expropiaciones de urgencia, cuya recepción realizan otros sistemas del derecho comparado [48] como una excepción al principio general

44 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, pág. 155 y sigs., Buenos Aires, 1987; FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 426 y sigs., trad. del alemán, Madrid, 1958; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa", pág. 112 y sigs. Por de pronto, el derecho civil no conoce la técnica de la indemnización previa ni su naturaleza de carga pública, aparte de la peculiaridad y autonomía del régimen que regula el alcance de la indemnización y el sacrificio del expropiado, sólo explicable por el juego armónico de los principios propios del derecho público que halla fundamento tanto en la justicia general como en la justicia distributiva.

45 Una referencia a esta distinción es la que recoge el art. 28 de la LE.

46 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.*, pág. 113 y sigs.

47 Art. 29, 2ª parte de la LE.

48 Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.*, págs. 115-116. La situación es similar en los derechos francés e italiano.

que postula la indemnización previa. En esa línea interpretativa, la doctrina ha interpretado que el art. 2512 del Cód. Civ. no se refiere a la expropiación sino a la figura de la ocupación temporal [49].

El segundo de los requisitos a que apunta el art. 17 de la Const. Nac. se desprende de la propia lógica interna del sistema ya que si el particular solamente puede ser privado de su propiedad mediante sentencia judicial y si la indemnización ha de ser previa, los jueces poseen una jurisdicción privativa para determinar la compensación (a diferencia también de otros sistemas) y así lo prescriben en consonancia con esta regla, los respectivos artículos de la LE, en cuanto señalan que "no habiendo avenimiento respecto del valor de los bienes inmuebles, la cuestión será decidida por el juez" y que "la sentencia fijará la indemnización..." [50].

Resulta también fundamental que la indemnización sea justa, requisito este que no surge en forma expresa de la Constitución Nacional, habiéndose interpretado que se trata de una garantía constitucional innominada [51] prevista, por otra parte, en el art. 2511 del Cód. Civ. La justicia de la indemnización se desprende, por lo demás, del principio establecido en el preámbulo de la Constitución Nacional que proclama el objetivo de afianzarla y de la garantía innominada de razonabilidad (art. 28, Const. Nac.); dicho de otro modo, la garantía de la inviolabilidad de la propiedad sería ilusoria si no se compensara al particular con una justa indemnización.

Un calificado sector doctrinario [52] ha propiciado el principio de la reparación integral en materia indemnizatoria y, aun cuando se acepta que la restitución no comprende el llamado lucro cesante, no por eso se ha considerado que disminuye la garantía de la justa indemnización. Una solución similar, en el derecho alemán, se articula sobre la base de la regla de la indemnización adecuada, la cual se considera inferior a la plena indemnización pues "comprende únicamente el valor mínimo afectado directamente por la expropiación, pero no los otros daños que sobrevienen y, en especial, la pérdida de ganancia" [53].

49 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. VI, pág. 139; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, pág. 430.

50 Arts. 15 y 20 de la LE.

51 Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, nro. 1359, pág. 268.

52 Entre quienes se destaca MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, nro. 1361, págs. 273-274, Buenos Aires, 1987.

53 FORSTHOFF, Ernst, *op. cit.*, págs. 443-444.

En rigor, la plenitud de la indemnización no puede medirse en función de las técnicas del Derecho Privado pues depende de la llamada justicia del bien común (tanto la legal o general como la distributiva). Sin embargo, en este punto, en la justicia de la indemnización hay un umbral que la ley no puede alterar: el expropiado no debe experimentar una pérdida esencial en su patrimonio y tiene que recibir el equivalente económico de la privación que tendrá que soportar. A partir de allí compete al legislador efectuar la distribución del bien común, que puede comprender otros daños sobrevinientes o bien, como carga propia de la justicia legal o general, prescribir la obligación de contribuir a la comunidad con la exclusión de algunos rubros indemnizables, en la medida que se respeten los principios, garantías y derechos constitucionales. Desde luego que cuanto más plena sea la reparación de los daños que sufre el expropiado más justa será la indemnización siendo ésta una cuestión donde, en general, los sistemas vigentes en el derecho comparado restringen la indemnización al valor real u objetivo del bien y a los daños que sean una consecuencia directa de la expropiación.

B) Extensión y medida de la compensación: el concepto legal de valor objetivo y su influencia en el sistema indemnizatorio de la LE

Habiéndose analizado, precedentemente, los principios y requisitos constitucionales que hacen a la indemnización veamos ahora lo atinente a su extensión y medida. La cuestión se encuentra resuelta, básicamente, en el art. 10 de la LE, que con variantes de trascendencia (que separadamente trataremos), reproduce lo prescripto por el art. 11 de la anterior ley 13.264.

Interesa destacar, para despejar confusiones, que, en dicho precepto, el sistema indemnizatorio gira en torno a dos rubros: uno de carácter central que hace a la esencia de la institución —el valor objetivo del bien que se expropia—; y otro, en cierto modo complementario, pero de gran trascendencia práctica, que apunta a cubrir los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación.

Como puede apreciarse la LE regula la indemnización con arreglo a pautas y principios diferentes que los estatuidos en el Derecho Privado [54], instituyendo un sistema que no guarda relación con las categorías allí establecidas, especialmente con el criterio establecido

54 Conf. MAIORANO, Jorge L., *op. cit.*, pág. 66.

en el art. 519 del Cód. Civ. en materia obligacional, que declara indemnizable —como regla general— tanto el valor de la pérdida de la cosa como el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación por la inejecución de la obligación a su debido tiempo.

Tampoco guarda similitud con la fórmula que recoge el art. 520 del Cód. Civ. en cuanto éste sólo reconoce el resarcimiento de los daños que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación y, a su turno, las diferencias son aun mayores si se acepta el criterio de que en materia de responsabilidad extra contractual objetiva o subjetiva (delictual y cuasi delictual) se responde también por las consecuencias mediatas o indirectas [55].

Es que en la base de las distinciones apuntadas se encuentra un principio antes desconocido: la indemnización que debe el Estado al particular, a raíz de la operación expropiatoria, constituye un supuesto de responsabilidad por acto lícito [56] uno de los primeros que ha consagrado el Derecho Público, bajo un régimen jurídico peculiar.

Ya vimos que el concepto central del régimen indemnizatorio en la LE, que en esto ha seguido las aguas del sistema francés, está constituido por la reparación del llamado valor objetivo del bien que se expropia ¿qué se entiende por valor objetivo? Es evidente que el concepto no refleja ya los caracteres que revestía la figura escolástica del justo precio, por otra parte inaplicable en el marco que rige la economía moderna. La objetividad del valor hace referencia hoy al valor general o de mercado [57], al valor real [58] del bien objetivamente considerado, con independencia de la valoración subjetiva que pueda atribuirle el propietario [59].

55 Conforme a lo prescripto por el art. 1079 del Cód. Civ., aplicable a la responsabilidad proveniente de actos ilícitos que no son delitos civiles, por la remisión que efectúa el art. 1109 del Cód. Civ.; véase: ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad Civil*, pág. 246, Buenos Aires, 1972.

56 Esta interpretación no es uniforme. Para GARCÍA DE ENTERRÍA mientras la expropiación se presenta como negocio jurídico dirigido directamente al despojo patrimonial, la responsabilidad aparece como un hecho jurídico incidental por relación a la posición del administrado que ocasiona un daño no directa inmediatamente procurado (*op. cit.*, pág. 174). Para nosotros, la expropiación constituye un tipo especialmente regulado de la responsabilidad por acto lícito, siendo sus notas diferenciales matices peculiares que no alteran la esencia común de la institución general de la responsabilidad.

57 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, págs. 241-242 y 255-256; LEGÓN, Fernando, *Tratado Integral de la Expropiación Pública*, pág. 497 y sigs., Buenos Aires, 1934.

58 PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación Forzosa*, pág. 22, Barcelona, 1970, al comentar el art. 43 de la ley de expropiación forzosa de 1954.

59 La jurisprudencia de la Corte ha dicho que el valor objetivo es el valor que una cosa o bien tiene en plaza al precio de contado y que "el criterio de objetividad persiste, a los

En sentido contrario a lo preceptuado por la ley anterior, la actual LE derogó la prohibición de indemnizar los valores panorámicos e históricos [60] por considerar que ambos no son valores subjetivos sino que integran el "valor objetivo" indemnizable. En cambio, se mantiene la exclusión respecto de otros rubros típicamente subjetivos o eventuales como son las "ganancias hipotéticas", las "circunstancias de carácter personal" y los "valores afectivos".

Una reflexión aparte merece la exclusión del lucro cesante [61], es decir, de las ganancias (no hipotéticas y excluidas expresamente en el art. 10 de la LE) dejadas de percibir por el administrado, que ya había recepcionado también el art. 11 de la anterior ley 13.264. Éste es sin duda uno de los aspectos más debatidos de la teoría de la indemnización y la definición que se adopte al respecto se proyecta al régimen de responsabilidad que rige la indemnización de los daños causados por actos lícitos, conforme, al menos, a la jurisprudencia que era tradicional en la Corte Suprema hasta hace poco tiempo. Con independencia de esta última tendencia jurisprudencial, no se puede desconocer que, en ciertas circunstancias, la aptitud de producción o el valor potencial respecto de la rentabilidad de un bien o las ganancias futuras [62], se tienen en cuenta a los efectos de la determinación de su valor objetivo. Lo mismo cuadra decir de los daños que son consecuencia directa o inmediata de la expropiación (v.gr. venta interrumpida por una expropiación parcial o fraccionamiento inadecuado de los lotes restantes que le restan utilidad a la parte del bien no expropiado).

Por dicha causa no parece del todo correcta la asimilación absoluta entre valor objetivo y daño emergente, ni tampoco la noción res-

---

efectos de su razonabilidad, ajustarlo en cada caso, no solamente a las cualidades intrínsecas de la cosa expropiada, sino también a las circunstancias de lugar y tiempo" (*Fallos*, 237:38 y sigs.).

60 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV págs. 255-256.

61 Véase el caso "Jucalán", publicado en JA, nro. 5678 del 27-VI-1990, pág. 34 y sigs., donde se sostuvo que tratándose de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que causaran perjuicios a particulares no cabe omitir la reparación del lucro cesante.

62 En el comentario que al respecto formuló Jesús Abad Hernando, al poco tiempo de sancionarse la ley de expropiaciones, entrevió este problema; al referirse a la posibilidad de expropiar derechos intelectuales o patentes de invención, dijo que "cuando la ley prohíbe el lucro cesante, en mi opinión, allí éste aparece como accesorio porque la ley ya ha contemplado expresamente el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa o inmediata. Y aquí, precisamente, la única forma que tenemos de valuar este derecho intelectual o patente de invención es por esta posibilidad de ganancias futuras" (en *La Ley Nacional de Expropiaciones 21.499*, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, págs. 68-69, Buenos Aires, 1977).

trictiva que pretende definir al daño emergente como aquel que es "causado directamente e indirectamente por la privación de la propiedad" [63].

El dispositivo legal que prescribe la irreparabilidad del lucro cesante en la fórmula del art. 10 de la LE no puede interpretarse sino a la luz de la pareja de conceptos de Derecho Público que componen los rubros indemnizables (valor objetivo y daños que sean consecuencia inmediata [64] de la expropiación). En tal sentido, la exclusión de la ley se relaciona con el lucro cesante eventual [65] y, desde luego, futuro, operando sobre el valor objetivo y los daños directos consecuentes a la privación cuya indemnización, en definitiva, se integra tanto con el daño emergente como con aquellos lucros o beneficios futuros cuya probabilidad de realización se encuentra asegurada conforme al curso ordinario de las cosas. Esto es así porque, en tales situaciones, corresponde interpretar que se ha producido la incorporación del respectivo derecho, desde el punto de vista jurídico y económico, al patrimonio de una persona o empresa.

En consecuencia, el concepto del "valor objetivo" de la cosa o bien que se expropia no se corresponde estrictamente con la idea civilista del daño emergente, respondiendo a la finalidad de restaurar la lesión intrínseca sufrida en la propia cosa (una revivencia de los *circa rem* o *circa jus*) abarcativa del daño emergente y de las utilidades dejadas de percibir, cuyo ingreso al patrimonio del expropiado ocurrirá indefectiblemente de acuerdo a la evolución normal u ordinaria de los acontecimientos.

Con una interpretación más restringida que la civilista, el rubro lucro cesante que la LE prohíbe compensar juega, entonces, como un concepto autónomo, cuyo fundamento responde al propósito de evitar que la expropiación se convierta en una fuente de enriquecimiento o de ganancias para el expropiado.

63 Así lo sostuvo VILLEGAS, Walter A., *Régimen Jurídico de la Expropiación*, pág. 224, Buenos Aires, 1972.

64 Los daños directos se asimilan a los daños inmediatos, tal como acontece en el derecho francés; véase: ALTERINI, Atilio A., *op. cit.*, pág. 131 con cita de RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado del Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, trad. del francés, Buenos Aires, 1964, t. IV, pág. 490.

65 La interpretación que damos en el texto reconoce antecedentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En el precedente que se registra en *Fallos*, 242:254, consideró que "...el lucro cesante se caracteriza por su carácter eventual y futuro...".

C) La indemnización de los daños que sean consecuencia directa o inmediata de la expropiación

El art. 10 de la LE estatuye —como criterio residual— aparte de la reparabilidad del valor objetivo del bien o cosa objeto de la expropiación, la obligación de indemnizar todos los daños que sean una consecuencia directa o inmediata de aquélla. Se trata de perjuicios, por lo general no provocados por la pérdida en sí del objeto expropiado sino generados a raíz de la consecuente privación del dominio del particular, limitándose a los llamados daños inmediatos, que son aquellos que traducen una conexión de primer grado con la expropiación, es decir, que tienen en ésta su causa próxima (argumento del art. 901 del Cód. Civ., aplicable aquí por analogía).

En cambio, si la expropiación fuera la causa lejana del daño o éste resultara de su conexión con un acontecimiento diferente, el daño sería mediato y como tal no comprendido en la indemnización prevista en el art. 10 de la LE [66].

A su vez, y como hemos puntualizado precedentemente, dentro de los daños que sean consecuencia directa o inmediata de la expropiación sólo se excluye el lucro cesante eventual y no el que debe considerarse razonablemente incorporado al patrimonio del expropiado —con posibilidades objetivas y estrictamente comprobadas— conforme a las pautas que se han señalado.

Por último, la jurisprudencia exhibe muchos ejemplos de daños que se han considerado indemnizables a la luz de los criterios que se han expuesto, entre los que cabe mencionar: *a)* los gastos de traslado o de mudanza [67] el dinero pagado en concepto de despido [68]; *b)* los gastos de adquisición de la nueva propiedad [69]; *c)* los honorarios de los profesionales de la ingeniería por la confección de los planos de la obra proyectada por el propietario [70] y *d)* el valor "empresa en marcha" [71],

66 A una conclusión similar, aun cuando por vía de un razonamiento teórico distinto, llega Barra para excluir los daños mediatos de la indemnización que debe el Estado a los particulares por la revocación lícita de actos o contratos administrativos; véase: "Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos" en ED, t. 142, pág. 930.

67 CS, *Fallos*, 204:205.

68 CS, *Fallos*, 258:213.

69 CNCiv., Sala D, *in re* "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires v. Pose Rama, Eliseo", ED, t. 45, pág. 439.

70 CS, *Fallos*, 277:450.

71 La Corte Suprema ha sostenido que para su reconocimiento hoy debe tenerse en cuenta "la situación económica de la empresa" (*Fallos*, 300:299 considerando 5º) y que no es indemnizable la situación de una empresa que resulta precaria "en cuanto a las posibilidades de mantener su actividad industrial" (*in re* "Cía. Azucarera Tucumana SA c/ Gobierno Nacional", CS, fallo del 21-IX-1989, JA, t. 1989-IV, pág. 437, considerando 20).

entre otros. En cambio, no se ha admitido la indemnización del valor llave, por considerar que su realización depende "de una eventualidad, como es la posible transferencia futura del negocio" [72].

D) El pago en dinero efectivo

De acuerdo con el criterio que fluye del art. 21 de la LE la indemnización debe abonarse en dinero efectivo. Este precepto legislativo se conecta con la exigencia constitucional de una previa indemnización [73] y hace a la justicia e integridad de la restitución que el Estado debe a quien padece el sacrificio patrimonial. Por lo demás, la previsión legislativa, al establecer una determinada forma de pago, impide, paralelamente, el empleo de otros medios cancelatorios de la obligación, como los títulos de la deuda pública, salvo, desde luego, que se cuente con la conformidad del expropiado [74].

Esta obligación legal, que la LE le impone al Estado, rige también frente a situaciones de emergencia, pues estas situaciones, a lo sumo, habilitan para comprimir el ejercicio de los derechos (v.gr. postergación de los plazos de pago) pero no fundamentan ni justifican cualquier disminución o demérito que se pretenda realizar sobre el valor del respectivo bien o derecho a costa del expropiado, supuesto francamente inconstitucional.

E) Depreciación monetaria e intereses

Para que la indemnización sea realmente integral se requiere que ella comprenda también la depreciación del valor de la moneda pues, de lo contrario, en épocas de inflación monetaria, el expropiado recibirá un valor sensiblemente inferior y meramente nominal que no le compensaría la privación patrimonial tal como lo ha venido sosteniendo una nutrida jurisprudencia [75]. Igualmente, los intereses

72 En el caso "Cía. Azucarera Tucumana SA c/ Gobierno Nacional", *op. cit.* en nota anterior. La Corte puntualizó que la frustración de la transferencia del negocio "como consecuencia del acto expropiatorio no recae sobre ningún elemento positivo y actual de los bienes expropiados sino únicamente sobre una esperanza de lucro"; ver también: *Fallos*, 305:837, considerando 12.

73 Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, pág. 309.

74 MAIORANO, Jorge L., *op. cit.*, pág. 85.

75 *Fallos*, 285:285 y sigs. y 294:202 y sigs., entre otros. La sanción de la ley de convertibilidad 23.928, ha producido la inaplicabilidad del rubro *depreciación monetaria* ya que el valor de la moneda se ha independizado de la tasa de inflación y se mantiene constante en relación con el dólar estadounidense.

forman parte de la indemnización [76] sin necesidad de que el expropiado los reclame expresamente en su pretensión indemnizatoria [77]. Conforme al art. 20 de la LE, dichos intereses se liquidarán a una tasa del 6% anual a partir del momento de la desposesión y hasta el momento en que el pago se haga efectivo, sobre el total de la indemnización sobre la diferencia, según corresponda.

F) Resarcimiento de las mejoras, valor llave y valor empresa en marcha

A partir de la declaración legislativa de utilidad pública el propietario del bien afectado posee el derecho a que se le indemnicen las mejoras necesarias que hubiera realizado (art. 11, de la LE). Esta prescripción de la ley, que excluye de la indemnización las mejoras útiles y las voluntarias, ha sido criticada sosteniéndose que contradice la solución que consagra el art. 42, inc. c) de la LE para el caso de retrocesión, en el que deben resarcirse también las mejoras útiles que hubiera efectuado el expropiante [78].

En nuestra opinión, se trata de supuestos que obedecen a una diferente *ratio legis* pues, al excluirse de la indemnización las mejoras útiles una vez operada la capacitación del bien la ley pretende que se cumpla el destino legal y que el valor del bien objeto de la expropiación no se altere por actos posteriores y unilaterales del propietario que conocía esa afectación, el cual, por lo demás, tiene siempre a su alcance la acción de expropiación irregular, en los casos previstos en el art. 51 de la LE.

En cambio, en la acción de retrocesión, el expropiante ha obrado, hasta el momento de la sentencia condenatoria, como propietario pleno y sin limitaciones, por lo que parece justo que si la acción se encuentra subordinada a un resultado que, de últimas, es incierto, el accionante no se enriquezca indebidamente con las mejoras útiles que introduzca el expropiante.

Ha sido objeto de debate doctrinario si el valor llave constituye un bien integrante del patrimonio [79] o de la propiedad, en sentido

76 MAIORANO, Jorge L., *op. cit.*, pág. 74.

77 MARIENHOFF, Miguel S., "La nueva ley nacional de expropiación: su contenido", publicado en la obra colectiva *La Ley Nacional de Expropiaciones 21.499*, págs. 21-22, Buenos Aires, 1977.

78 MAIORANO, Jorge L., *op. cit.*, pág. 76.

79 Véase: FERRO, Héctor R., *Expropiación de Empresas y Fondos de Comercio*, pág. 117 y sigs., Buenos Aires, 1977.

amplio; en este punto consideramos que el valor llave constituye un valor mensurable en dinero que integra el patrimonio, y por ello corresponde incluirlo en los rubros indemnizables [80] a raíz de la expropiación, al formar parte del valor objetivo del bien (art. 10, LE). De ese modo, se cumple con el principio de la reparación integral.

En general, la jurisprudencia no ha reconocido la procedencia del valor llave en la indemnización expropiatoria [81] admitiendo [82], en cambio, la posibilidad de que, con base en prueba pertinente, se indemnice el valor empresa en marcha, entendiendo por tal, no las ganancias que produce un determinado patrimonio o conjunto de activos (donde rige la prohibición de indemnizar el lucro cesante) sino el valor que se añade a ese patrimonio o activos cuando integran una empresa que se encuentra en producción o realizando su actividad comercial. Su procedencia responde también a la necesaria integralidad que caracteriza a la indemnización expropiatoria.

8. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

El art. 13 de la LE prescribe un procedimiento extrajudicial para llevar a cabo la expropiación denominado avenimiento o cesión amistosa el cual consiste en la posibilidad de que el expropiante adquiera directamente el bien del expropiado dentro de los valores máximos que estimen el Tribunal de Tasaciones para los bienes inmuebles o las oficinas técnicas competentes para los bienes muebles.

En el caso de los bienes inmuebles la norma citada establece que dichos valores se incrementarán en un diez por ciento con la finalidad de facilitar los acuerdos extrajudiciales y de resarcir al propietario de una serie de gastos que tendrá que soportar a raíz de la transferencia del bien [83] (v.gr. gastos para la adquisición de otro inmueble, gastos de mudanza o traslado, etc.). Se trata de un monto determinado por la ley que no requiere petición ni prueba de ninguna clase [84] a diferencia de lo que acontece en el proceso judicial.

80 MAIORANO, Jorge L., *op. cit.*, pág. 77.

81 CS, "Fisco Nacional c/ Della Valle de Palma, Josefa", del 28-VI-1983, ED, t. 106, pág. 150 y sigs.; CNCiv., Sala G, *in re* "Moix, Mauricio c/ Municipalidad de la Capital", sentencia del 2-X-1986, JA, t. 1986-IV, pág. 739 y sigs.; CS, "Estado Nacional c/ Textil Escalada SA", sentencia del 19-XII-1989, en LL, t. 1990-C, pág. 486 y sigs.

82 *Fallos*, 271:354 y 300:299.

83 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., "La nueva ley de expropiaciones: su contenido", en *La Ley Nacional de Expropiaciones 21.499*, pág. 24, Buenos Aires, 1977.

84 MAIORANO, Jorge L., *op. cit.*, pág. 95.

9. PROCEDIMIENTO JUDICIAL ("CONTENCIOSO EXPROPIATORIO"). PRESCRIPCIÓN

Si no hubiese avenimiento el expropiante debe promover un proceso en sede judicial. La frustración del avenimiento puede provenir, aparte de la discrepancia sobre el monto indemnizatorio, del cuestionamiento de otros aspectos de la expropiación (inexistencia de utilidad pública, alcance de la expropiación, errores o falsedades de hecho, etc.).

La causa tramita por el procedimiento establecido para el juicio sumario, con las modificaciones que introduce la LE, no hallándose sujeta al fuero de atracción de los juicios universales (art. 19).

En punto a la competencia, habida cuenta de la naturaleza federal y local que caracteriza a la LE, el art. 21 se inclina por considerar competente al juez federal del lugar donde se encuentra el bien a expropiar con jurisdicción en lo contencioso administrativo, mientras que los juicios en que sea parte la Municipalidad deben tramitar ante los jueces nacionales en lo civil de la Capital Federal [85].

Interesa destacar que, tratándose de inmuebles, con carácter previo a la iniciación del juicio, el expropiante precisa contar con la valuación del Tribunal de Tasaciones con el objeto de consignarla ante el juez a fin de que la retire el expropiado. Ocurrida esta circunstancia el juez le otorga la posesión judicial del bien (arts. 22 y 23) en cuyo momento quedan resueltos todos los arrendamientos, otorgándose a los ocupantes un plazo de treinta días para desalojar el inmueble.

La realización de la utilidad pública conlleva una suerte de supremacía procesal del juicio de expropiación al estatuir que *ninguna acción de los terceros podrá impedir la expropiación ni sus efectos* y que los derechos de los reclamantes se consideran transferidos de la cosa a su precio o la indemnización (art. 28).

En cuanto a la prescripción para demandar el pago de la indemnización, la LE consagra un plazo especial de cinco años, superando así la remisión a la legislación civil (se aplicaba el plazo de prescripción de las acciones personales) que se efectuaba antes de la sanción de la ley.

85 Esta situación puede modificarse después de la reforma constitucional en el caso de que la ley establezca la jurisdicción de los tribunales locales de la ciudad de Buenos Aires.

10. PLAZO DE LA EXPROPIACIÓN (ABANDONO). EXPROPIACIÓN DIFERIDA

La inactividad de la Administración Pública en concretar la expropiación dentro de determinados plazos, ya sea por la vía del avenimiento o por la acción judicial, da lugar a que se configure el abandono de la expropiación. Al respecto, el art. 33 de la LE prescribe que *dicho abandono se opera* si el expropiante no promueve el juicio dentro de los dos años de vigencia de la ley que la autorice cuando se trate de llevarla a cabo sobre bienes individualmente determinados; de cinco años, cuando se trata de bienes comprendidos dentro de una zona determinada y de diez años, cuando se trata de bienes comprendidos en una enumeración genérica.

Quedan excluidos de la aplicación de la figura del abandono tres supuestos: *a)* las prescripciones de leyes especiales que lo declaren inaplicable, *b)* el caso en que las leyes orgánicas municipales autorizaren a expropiar la porción de los inmuebles afectados a rectificaciones o ensanches de calles y ochavas (art. 33 *in fine*, LE) y *c)* la expropiación diferida (art. 34, LE).

La principal innovación que introdujo la LE vigente, con relación a las anteriores, fue la regulación de la denominada *reserva de inmuebles para obras o planes de ejecución diferida*, que reglamenta el art. 34 de dicha ley. En tal sentido, el precepto después de disponer que en la expropiación diferida no rigen las normas sobre abandono, señala que se aplicarán las siguientes reglas:

a) El expropiante luego de declarar que se trata de una expropiación diferida, obtendrá la tasación del bien afectado con intervención del Tribunal de Tasaciones de la Nación y notificará al propietario el importe resultante.

b) Si el valor de tasación fuere aceptado por el propietario, cualquiera de las partes podrá pedir su homologación judicial y, una vez homologado, dicho valor será considerado como firme para ambas partes, pudiendo reajustarse sólo de acuerdo con el procedimiento previsto en el inc. d) del presente artículo.

c) Si el propietario no aceptara el valor de tasación ofrecido, el expropiante deberá solicitar judicialmente la fijación del valor del bien, de conformidad con las normas de los arts. 10 y 11.

d) La indemnización será reajustada en la forma prevista en el art. 10.

e) Si durante la tramitación del caso y antes de que se dicte la sentencia definitiva el expropiante necesitará disponer en forma inmediata del inmueble, regirá lo dispuesto en los arts. 22, 23 y 24.

f) Los inmuebles afectados podrán ser transferidos libremente a terceros, a condición de que el adquirente conozca la afectación y consienta el valor fijado, si éste estuviera determinado. Con tal finalidad una vez firme dicho valor, será comunicado de oficio por el ente expropiante o, en su caso, por el juzgado interviniente al Registro de la Propiedad Inmueble que corresponde. Los certificados que expidan los Registros en relación con el inmueble afectado deberán hacer constar ese valor firme. En las escrituras traslativas de dominio de los inmuebles comprendidos en este artículo, los escribanos que las autoricen deberán dejar expresa constancia del conocimiento por el adquirente de la afectación, o de su consentimiento del valor firme, según corresponde.

Por último, aunque la ley no lo indica expresamente, el particular se encuentra habilitado, ante la inacción del poder administrador, a promover la acción de expropiación irregular prevista en el art. 51 de la LE [86].

11. LA EXPROPIACIÓN IRREGULAR O INVERSA

Esta acción, que había tenido anterior recepción jurisprudencial, fue incorporada en la LE en los arts. 51 a 56. Su fundamento radica en la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad privada prescripta en el art. 17 de la Const. Nac. [87].

A través del precepto contenido en el art. 51, la LE admite que el impulso procesal de la acción expropiatoria se traslade al expropiado cuando: *a)* el Estado se apodera de un bien sin haber indemnizado previamente al expropiado; *b)* una cosa mueble o inmueble resultan, de hecho, indisponibles por evidente dificultad o impedimento para que el propietario pueda ejercer derecho de disposición en condiciones normales y *c)* se imponga al derecho del titular del bien o cosa una indebida restricción o limitación que importen una lesión a su derecho de propiedad.

86 Esta opinión que sostuvimos al sancionarse la LE (*op. cit.*, págs. 60-61) fue confirmada tanto por nutrida jurisprudencia como por la doctrina especializada; cfr. MAIORANO, Jorge L., *op. cit.*, pág. 138.

87 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, pág. 361, Buenos Aires, 1987; MAIORANO, Jorge L., *op. cit.*, pág. 167.

En los tres supuestos precedentemente descriptos se requiere, como condición previa, la existencia de una ley declarativa de utilidad pública [88] pues va de suyo que, aunque en el inc. c) del art. 51 no se reitera dicho presupuesto, el Estado no puede ser obligado a expropiar en contra de su voluntad [89]. De imponerse esas restricciones indebidas y no existir ley declarativa de utilidad pública, los derechos del propietario afectado encuentran protección a través de una acción indemnizatoria de daños y perjuicios.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema, ha admitido, en un caso de notable complejidad por la cambiante conducta del Estado, que resulta procedente la expropiación cuando se deroga la ley declarativa de utilidad pública con posterioridad a la promoción de la demanda y los actos posteriores del Estado hacen resurgir dicha declaración [90].

Otro supuesto especial donde procede la expropiación irregular es el contemplado en el art. 64 de la LE que faculta al propietario cuyo bien fuera objeto de una ocupación temporánea normal, a promover la acción judicial, siempre que hubiera vencido el plazo de dos años (que es el tope de la ocupación temporánea normal sin que le restituyeran al propietario el objeto ocupado).

La regla central en este proceso es la aplicabilidad de las normas de procedimiento judicial de la acción de expropiación regular (art. 55) rigiendo, en materia indemnizatoria, las prescripciones de los arts. 10 y siguientes de la LE (art. 54).

A su vez, por aplicación del principio del rigorismo inútil [91] quien acciona por expropiación irregular se encuentra exento de interponer el reclamo administrativo previo (art. 53) debiendo hacerlo dentro del plazo establecido para la prescripción de la acción, que el art. 56 fija en cinco años.

88 MARIENHOFF, Miguel S., "La nueva Ley Nacional de Expropiación: su contenido", cit., págs. 34-35, Buenos Aires, 1977; USLENGHI, Alejandro J., "La expropiación irregular en la ley 21.499", en RADA, nro. 15-16, págs. 82-83, Buenos Aires, 1977.

89 Cfr. OYHANARTE, Julio, "Aspectos del nuevo régimen expropiatorio", en RADA, nros. 15-16, pág. 49, Buenos Aires, 1977.

90 En el caso "Cía. Azucarera Tucumana SA c/ Gobierno Nacional", resuelto el 21-IX-1989, en JA, t. 1989-IV, pág. 429 y sigs.

91 *Cfr.* MAIORANO, Jorge L., *op. cit.*, págs. 177-178.

12. EL DERECHO DE RETROCESIÓN Y SU REGULACIÓN PROCESAL

El derecho de retrocesión puede definirse como aquel que permite al expropiado obtener el reintegro a su patrimonio del bien objeto de la expropiación cuando a este último se le diere un destino distinto al previsto en la ley expropiatoria o cuando no se le asignare destino alguno (*en el lapso que fija la ley*).

La evolución operada con el reconocimiento legislativo del instituto de la retrocesión demuestra la adaptabilidad constante del Derecho Administrativo, en este caso de la materia expropiatoria, pues ella se nutre no sólo de las normas positivas, sino en grado no desdeñable, también de la recepción jurisprudencial de figuras no reguladas por la legislación.

Esta característica que trasunta nuestra disciplina se pone de manifiesto al analizar lo acontecido con el derecho de retrocesión, el cual había sido extrañado de la ley 13.265, no obstante poseer raigambre positiva en la antigua ley 189 (en su art. 19) y ser reconocido por una constante jurisprudencia, que incluye una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [92].

Los argumentos que se proporcionaron entonces no encuentran justificación pues, aun dentro de la objetividad más estricta, no puede aceptarse que "la experiencia ha demostrado que la extensión dada al art. 19 de la ley 189 sobre el derecho de retrocesión ha sido y puede ser aun más en el futuro fuente de cuestiones que redunden en perjuicio del interés del Estado y por ende de la colectividad" [93].

En efecto, no puede concebirse que la circunstancia de ser condenado el Estado en juicio a devolverle el bien al expropiado, por no haberle asignado al mismo el destino de utilidad pública prevista en la ley, constituya un demérito, cuando es precisamente la realización del bien común quien reclama tal restitución como garantía del derecho de propiedad que reconoce nuestra carta fundamental y como un medio para controlar la desviación del fin que motivó la expropiación.

Esas circunstancias contribuyeron al rápido renacer del instituto de la retrocesión a través de su reconocimiento por la jurisprudencia. La negación al derecho de retrocesión traduce una postura que hace primar el interés exclusivamente material de la persona jurídica pública estatal sobre el bien común o interés público del Estado,

92 *Fallos*, 139:150, *in re* "Ayerza c/ Prov. de Buenos Aires".

93 *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, del 2 y 3 de septiembre de 1948, págs. 3411 y 3414.

en su concepción totalizadora, en la que la garantía de intangibilidad de la propiedad lleva ínsita, para su adecuación al interés público, la exigencia que toda expropiación, además de ser previamente objeto de indemnización, tenga su apoyatura en una causa de utilidad pública o bien común.

Al aseguramiento de ese principio constitucional obedece el instituto de la retrocesión, ya que el derecho del expropiado a retroceder el bien emana del propio art. 17 de la Const. Nac., en mérito a que si una vez operada la desposesión del expropiante no asigna al bien el destino de utilidad pública que legitima la expropiación se violaría la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, habida cuenta de que ésta sólo se sacrifica ante la utilidad pública calificada por ley formal y material.

Sin embargo, aunque ello no tenga un sustento normativo expreso en la Constitución sino en la ley, en la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales, la retrocesión constituye uno de los instrumentos adecuados con el que el particular puede impedir la desviación de la finalidad que motivó la expropiación [94].

En otros países, como Francia, se ha juzgado que el fundamento del derecho de retrocesión se apoya en una regla de equidad [95], no obstante su base legislativa.

A) Naturaleza jurídica de la retrocesión

Técnicamente, la retrocesión es un derecho o acción real administrativa no debiendo confundirse la pretensión procesal que surge del derecho material o de fondo, pues esta confusión puede traer consigo otras referentes a los requisitos procesales de la pretensión [96], también denominados, por un sector doctrinal, de admisibilidad de la pretensión contencioso-administrativa [97].

Se trata, pues, de un derecho en un sentido similar, aunque no igual, al que fluye de la acción real del Derecho Privado contemplada en el Código Civil —cuyas condiciones de fondo pertenecen al dere-

94 Para Marienhoff, la retrocesión tiene *lugar a raíz de una desviación de poder, vid.* MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, pág. 366, Buenos Aires, 1973.

95 BAUDRY, G., *L'Expropriation pour Cause d'Utilité Publique*, pág. 112, Paris, 1953.

96 Ver: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, t. II, pág. 422 y sigs., 2ª ed., Madrid, 1966; GRAU, Armando E., *Habilitación de la Instancia Contencioso-Administrativa*, pág. 62 y sigs., en especial lo expuesto en pág. 70, La Plata, 1971.

97 VIVANCOS, Eduardo, *Las Causas de Inadmisibilidad del Recurso Contencioso-Administrativo*, pág. 12, Barcelona, 1953.

cho sustantivo— (no obstante el carácter peculiar de las normas sobre expropiación) habida cuenta que el Derecho Administrativo de fondo tiene, en principio, naturaleza local [98] y esto constituye uno de sus rasgos característicos en nuestro sistema jurídico.

Por otra parte, si se tratara de una mera *acción procesal* como se ha sostenido [99], no cabría sustentar la figura del avenimiento dentro de la temática de la institución pues ello excluye la idea de proceso.

El interés práctico que reviste la distinción es grande pues si no se valora debidamente la naturaleza jurídica del instituto pueden después llegar a confundirse los presupuestos procesales o de admisibilidad de la pretensión contencioso-administrativa con los requisitos de fondo, que no configuran técnicamente presupuestos que deban ser cumplimentados para habilitar la instancia y dar curso al proceso sino las condiciones de fondo que hacen al derecho del demandante.

B) Presupuestos especiales de la pretensión procesal

No obstante que muchos de los requisitos procesales que preceptúa la ley de expropiaciones aparecen dentro del sistema que formula la doctrina (al clasificarlos en subjetivos, objetivos y de la actividad) analizaremos aquí los presupuestos procesales que hacen a la admisibilidad de la pretensión contencioso-administrativa, sobre la base de los que recepta la ley, que asumen por esa causa un carácter especial, por tratarse de requisitos que no son comunes a otras pretensiones procesales.

Por de pronto, debemos separar tales presupuestos procesales tanto de los requisitos o condiciones que hacen al fondo del derecho de retrocesión como de aquellos que implican una condición última puesta para el reconocimiento definitivo del derecho de fondo (v.gr. devolución de las sumas percibidas por la expropiación del bien cuando se demanda la retrocesión).

Tales presupuestos procesales que enuncia la ley 21.499 son:

a) Intimación o reclamación administrativa previa

La ley distingue, en su art. 39, dos situaciones diferentes:

1) Si al bien no se le hubiere dado destino alguno en el lapso de dos (2) años computados desde que la expropiación quedó perfeccio-

98 CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 78, Buenos Aires, 1977.

99 DROMI, José R., "Acción retrocesión. Presupuestos procesales y sustanciales", en LL, t. 1975-A-156.

nada, el expropiado debe intimar fehacientemente al expropiante para que asigne al bien el destino que motivó la expropiación;

2) Cuando el expropiante hubiere asignado al bien un objeto diferente al previsto en la ley que declaró la utilidad pública, deberá formularse el reclamo administrativo previo.

En este caso, las normas que se aplican para regular el reclamo, son las previstas en los arts. 30 y 31 de la ley 19.549, normas que entendemos resultan de aplicación analógica para la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

El reclamo administrativo previo tiene en este supuesto la finalidad de favorecer el avenimiento pues la desviación de poder o del fin del acto expropiatorio ya se ha consumado. Es por esta causa y porque además surge del juego de las dos situaciones previstas en el art. 39 que, promovido el reclamo administrativo previo, el derecho de retrocesión se mantiene incólume, aun cuando la Administración iniciare trabajos tendientes a darle el destino de utilidad pública previsto en la ley o se le asignare directamente. De otra manera sería muy fácil burlar las disposiciones legales que consagran la exigencia de atribuirle al bien expropiado el destino de utilidad pública que fija la ley como garantía para los derechos del particular.

También por el carácter especial que reviste la norma (art. 39) y su finalidad, no procede ninguna de las excepciones a la reclamación administrativa previa que prescribe la ley 19.549.

b) Denegatoria expresa o tácita

En ambos casos (intimación o reclamación administrativa previa) la denegatoria puede ser expresa, aunque esto no es lo que acontece normalmente. Por eso la ley regula la denegatoria tácita.

Tratándose de la intimación, el proceso quedará expedito recién cuando hubieran transcurrido seis meses sin que el expropiante hubiera asignado el destino previsto en la ley o sin que hubiere comenzado los respectivos trabajos (art. 39, primera parte).

A fin de evitar arbitrariedades la ley consagró la exigencia de mantener los trabajos por parte del expropiante (se refiere al ritmo y naturaleza de los mismos) conforme a los planos aprobados.

Si se trata de la situación provocada por el cambio de destino legal, la denegatoria tácita se opera una vez vencidos los plazos y cumplimentados los requisitos que figuran en el art. 31 de la ley 19.549.

c) Perfeccionamiento de la expropiación

Es un recaudo procesal de admisibilidad de la retrocesión por cuando la ley ha tratado de evitar que se promuevan acciones prematuras antes de que se haya operado la transferencia del dominio al expropiante mediante sentencia firme, toma de posesión y pago de la indemnización, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 29 de la ley.

Entendemos que el requisito de que el dominio continúe registrado a nombre del expropiante no configura un requisito procesal imprescindible, pues basta, a nuestro concepto, que la transferencia se haya operado, sin importar la ulterior transferencia a terceros que difícilmente puedan invocar buena fe ya que la causa expropiatoria figurará casi siempre en el título, de conformidad a lo establecido en el art. 32 [100].

d) Legitimación activa

De acuerdo a la más autorizada corriente doctrinal la legitimación procesal no se vincula con el derecho de fondo. Ella hace a la titularidad del derecho subjetivo que se alega como lesionado [101].

La ley 21.449 establece como presupuesto procesal de legitimación activa el siguiente: *La acción de retrocesión corresponde únicamente al propietario expropiado y a sus sucesores universales.*

No obstante que la fuente que sirviera de inspiración para la redacción de la ley sostiene la posibilidad que sea legitimado el sucesor a título singular [102], el texto de la ley lo excluye en forma expresa, al haber puesto la expresión "únicamente", por lo que cabe concluir que sólo los sucesores a título universal poseen legitimación activa [103].

e) Plazo

El plazo juega como un presupuesto procesal para determinar la existencia o no del concepto técnico de *extemporaneidad*, la cual puede configurarse por: *a)* prematuridad y *b)* caducidad [104].

100 En contra: DROMI, José R., *op. cit.*, LL, t. 1975-A, pág. 159.
101 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.*, t. II, págs. 304-305.
102 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, pág. 391.
103 Conf. BAUDRY, G., *op. cit.*, pág. 112.
104 Conf. VIVANCOS, Eduardo, *op. cit.*, pág. 241 y sigs.

C) Condiciones de fondo para la procedencia de la demanda de retrocesión

A diferencia del abandono, que se opera cuando la Administración deja transcurrir determinado tiempo sin deducir la acción judicial, la retrocesión implica, como un presupuesto necesario, la existencia anterior de una expropiación consumada, ya sea que se hubiera arribado a ella por sentencia judicial o por avenimiento.

Los supuestos que recoge la actual ley de expropiaciones, inspirada en la doctrina de uno de sus autores [105] son los dos que señalamos a continuación:

a) Expropiación sin habérsele asignado al bien destino alguno

En este supuesto la demanda de retrocesión se declara procedente cuando al bien expropiado no se le hubiere dado destino alguno en el tiempo que fija la ley [106].

Frente a tal situación, el expropiado debe realizar la intimación prevista en el art. 39 de la ley, justificándose el distinto tratamiento legislativo en virtud a que no hay aquí como en el otro supuesto, una desviación expresa de los fines de utilidad pública que motivaron el dictado de la ley expropiatoria.

b) Cambio de destino

No obstante que el cambio de destino no fue contemplado expresamente en la ley 189 como uno de los supuestos que tornaban procedente la acción de retrocesión, la doctrina y la jurisprudencia, al igual que lo acontecido en Francia ante idéntica situación, aceptaron, en su momento, la configuración de esta causal de retrocesión.

La LE ha seguido aquí los criterios que había sustentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [107] prescribiendo que no habrá cambio de destino cuando: *1)* el acordado al bien mantenga conexidad, interdependencia o correlación con el específicamente previsto en la ley y *2)* cuando a una parte del bien ex-

105 Nos referimos a MARIENHOFF, *op. cit.*, t. IV, pág. 371 y sigs., con quien tuvimos el honor de colaborar en la redacción del anteproyecto que dio origen a la ley 21.499 juntamente con los dres. Cozzi y Vaquer. Ver también VILLEGAS, Walter A., *Régimen Jurídico de la Expropiación*, pág. 461 y sigs., Buenos Aires, 1973.

106 La ley 189 prescribía sólo esta causal disponiendo que *si la cosa expropiada no se destinara al objeto que motivó la expropiación el dueño anterior puede retraerla en el estado en que se enajenó, consignando el precio o la indemnización que recibió.*

107 *Fallos*, 272:88-93.

propiado se le asignare un destino complementario o uno que tienda a integrar y facilitar el previsto por la ley (art. 36).

Sin desconocer que la determinación del cambio de destino constituye una cuestión de hecho susceptible de ser valorada por el juzgador debe señalarse que no habrá cambio de destino en los siguientes casos: *a)* si el bien ha cumplido su destino, realizándose los fines que motivaron la expropiación [108]; *b)* si dicho cambio se dispone por una ley que sustituya la primitiva causa de utilidad pública por otra [109].

D) Contraprestación ulterior que debe cumplimentar el expropiado: su actualización

El art. 42 de la ley 21.499 prescribe que el expropiado, dentro del plazo que fije la sentencia, debe reintegrar al expropiante lo que percibió de éste en concepto de precio o de indemnización *con la actualización que correspondiere*.

La norma tiende a evitar un enriquecimiento injusto por parte del expropiado que devolvería de lo contrario sumas que no guardan relación con el valor del bien que se reintegra a su patrimonio por efecto de la retrocesión. Por ello, la LE se ha apartado de la doctrina y de la jurisprudencia que existía sobre el punto [110] adoptando el criterio de actualizar dichas sumas, lo cual ha recibido la opinión favorable de un destacado civilista [111].

Pero, desde luego, que tal actualización, aunque queda librada al arbitrio judicial, ha de ser compatible con la naturaleza creditoria de la obligación que cumple el expropiado para perfeccionar su derecho a la devolución del bien. Con el fin de no malograr la posibilidad de que ella pueda realizarse y teniendo en cuenta la *ratio* de la institución pensamos también que la tasa de actualización no puede erigirse en una fuente de ganancias para el Estado, por cuyo mérito no cabe incluir la parte correspondiente a interés puro de la tasa de actualización que se establezca.

Finalmente, la ley, en consonancia con los criterios sustentados por la doctrina [112] y por diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación estatuye, en su art. 42, diversas reglas para fijar el

108 *Fallos*, 266:193.

109 VILLEGAS, Walter A., *op. cit.*, pág. 462.

110 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, pág. 383 y sigs.

111 BORDA, Guillermo, "Balance provisional de la nueva ley de expropiaciones", ED, t. 72, pág. 705.

112 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, pág. 383 y sigs.

monto que debe devolver el expropiado, sin que se altere con ello la naturaleza de la obligación de reintegrar las sumas recibidas.

Así, si el bien hubiera disminuido de valor por actos del expropiante, esa disminución será deducida de la suma que debe devolver el expropiado [113].

En cambio, si el bien hubiera aumentado de valor por mejoras necesarias o útiles introducidas por el expropiante, el expropiado debe abonar el valor de las mismas [114].

Una regulación diversa se da en el supuesto que el bien aumentare o disminuyere su valor por causas naturales; en tal caso los respectivos aumentos o disminución no serán exigidos al accionante ni deducidos de las sumas que éste debe reintegrar. Al no exigir el aumento del valor del bien por causas naturales, la ley ha tratado aquí de asimilar la situación del Estado a la de un poseedor de mala fe, tal como lo ha sostenido la doctrina que se ha ocupado anteriormente de este tema [115].

Sección 2ª

LA OCUPACIÓN TEMPORÁNEA

1. RAZONES PARA UNA REGULACIÓN DIFERENCIADA DE LA EXPROPIACIÓN

Entre los actos singulares de gravamen que traducen el ejercicio de potestades ablatorias sobre los derechos de propiedad privada se encuentra la figura de la ocupación temporánea o temporal de bienes para satisfacer fines de utilidad pública.

Si bien, en algunos ordenamientos [116], esta categoría aparece legislada dentro de la expropiación, resulta preferible la solución que brinda nuestra LE la cual, sin negar la conexidad existente entre ambas instituciones, ha optado por una regulación diferenciada que encuentra apoyo en dos razones principales: *a)* la ablación del dere-

113 *Fallos*, 271:42 y sigs.

114 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, pág. 385.

115 PETRACCHI, Enrique S., "De la retrocesión", en *Lecciones y Ensayos*, nro. 24, pág. 48, Buenos Aires, 1962.

116 En el derecho español, las ocupaciones temporales pertenecen a la categoría positiva de las expropiaciones; véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 121, Madrid, 1993.

cho de dominio es parcial y sólo afecta al derecho de uso y goce no incidiendo sobre el denominado *jus abutendi*, por lo que no afecta la nuda propiedad ni el consecuente poder de disposición sobre la cosa y *b)* esa ablación posee, además, carácter transitorio, medido en forma temporal según el grado o espacio de afectación del bien ocupado al destino de utilidad pública.

2. DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS (REQUISICIONES Y SERVIDUMBRES)

La ocupación temporánea se distingue, en nuestro derecho, de la figura de la requisición, fundamentalmente, en que mientras esta última se impone como una medida de carácter general para conjurar un estado de necesidad pública imperiosa (v.gr. estado de guerra, terremotos, etc.), la primera es una medida de gravamen particular que se individualiza sobre un bien o conjunto de bienes determinados *a priori* para satisfacer una concreta causa de utilidad pública [117]. Además, la requisición puede implicar la extinción definitiva del derecho real de dominio sobre los bienes objeto de la incautación.

De otra parte, la distinción con las servidumbres administrativas radica en la circunstancia de que en éstas no se opera una real ablación del derecho de propiedad sino una limitación de su carácter absoluto, imponiéndose al propietario la permisión de determinados usos por parte del público —(privación parcial)—, sin afectar la esencia de los elementos constitutivos de su derecho real de dominio [118].

3. CONCEPTO LEGAL. LA OCUPACIÓN TEMPORÁNEA NORMAL

La LE habilita a la Administración a que ejerza la potestad de acudir a la técnica de la ocupación temporánea cuando existan razones de utilidad pública que hagan necesario el uso transitorio de un bien o cosas determinadas, muebles o inmuebles, o bien, de una universalidad determinada de ellos [119]. Existen dos especies: *a)* normal, y *b)* anormal.

La ocupación temporánea normal, al igual que la expropiación, apareja el derecho a ser indemnizado, aplicándose en subsidio las re-

117 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, págs. 386-387, Buenos Aires, 1992.

118 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, pág. 387.

119 LE, art. 57. La institución que venía siendo regulada en las legislaciones provinciales (ej.: Mendoza) sólo reconocía como antecedente nacional la recepción de la figura en el art. 2512 del Cód. Civ.

glas vigentes en materia expropiatoria [120], habida cuenta de que se opera el sacrificio del derecho de propiedad por razones de utilidad pública, garantizado por el art. 17 de la Const. Nac.

Habida cuenta de las similitudes existentes la ley ha extendido a esta figura los principios y reglas de la expropiación en cuanto a la utilidad pública, destino del bien y procedimiento judicial para llevarla a cabo [121].

La LE fija también un límite temporal de dos (2) años para la duración de la ocupación temporánea normal, vencido el cual y previa intimación, el particular se encuentra habilitado para promover la acción de expropiación irregular [122].

4. LA OCUPACIÓN TEMPORÁNEA ANORMAL: REQUISITOS

Como consecuencia de lo indicado, la regulación legal de la ocupación temporánea se ocupa, principalmente, de la especie denominada anormal, que responde a la configuración de una necesidad imperiosa o súbita que coloca a la Administración frente a una situación límite, vinculada con lo que en el derecho se conoce como *estado de necesidad* [123].

Esa situación excluye la posibilidad de utilizar la figura de la ocupación temporánea por parte de la Administración para satisfacer sus necesidades corrientes y operativas que, por su naturaleza, resultan cubiertas en base a los procedimientos normales. Hay que tener en cuenta que se trata de supuestos excepcionalísimos donde se sustituye la competencia del legislador para calificar la utilidad pública y la garantía de la previa indemnización (art. 17, Const. Nac.) por lo que los casos que la configuran (además del estado de necesidad) resultan de interpretación restrictiva (accidentes y en general catástrofes de cierta magnitud) [124].

Conforme al régimen de la LE la ocupación temporánea anormal no acarrea indemnización alguna, salvo la reparación de los daños causados a la cosa o aquellos que se deriven de su uso posterior

120 LE, art. 62.
121 LE, arts. 63 y 65.
122 LE, art. 64.
123 Cfr. MAIORANO, Jorge L., *op. cit.*, pág. 192.
124 MARIENHOFF, Miguel S., "La nueva ley nacional de expropiaciones", en JA, t. 1977-I, pág. 823.

en menesteres ajenos a los que motivaron la expropiación [125]. Esta prescripción, motivo de críticas doctrinarias [126], sólo debe considerarse operativa cuando se trata de un uso transitorio y excepcionalmente breve de la cosa o bien, en cuyo caso, la situación queda asimilada a una suerte de prestación real forzosa que no puede ir más allá del tiempo absolutamente necesario para cumplir con su finalidad [127].

5. OTRAS CUESTIONES: SITUACIÓN DE LOS TERCEROS. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

La situación de los terceros que han celebrado negocios jurídicos con el propietario suele verse afectada a raíz de la decisión de disponer la ocupación temporánea de un bien o cosa. La LE, en línea con la solución prescripta para la expropiación, recepciona el principio de unicidad al prescribir que los terceros deben hacer valer sus derechos sobre el importe de la indemnización, librando al bien o cosa de cualquier controversia judicial ajena a la que pueda ser propia de la ocupación temporánea.

En materia de prescripción, la LE unificó en cinco (5) años el plazo de prescripción para las acciones del propietario del bien ocupado para: *a)* reclamar el pago de la indemnización, y *b)* para requerir su devolución. No obstante la crítica que ha merecido esta norma [128] consideramos que, dada la naturaleza publicista del instituto de la expropiación y la razonabilidad del plazo establecido, no puede reputarse inconstitucional.

125 LE, art. 59.

126 OYHANARTE, Julio, "Aspectos del nuevo régimen expropiatorio", RADA, nros. 15-16, pág. 52, Buenos Aires, 1977; BORDA, Guillermo A., "Balance provisional de la nueva Ley de Expropiaciones", ED, t. 72, pág. 707, y MAIORANO, Jorge L., *op. cit.*, págs. 193-194.

127 Compartimos la crítica formulada por Maiorano a una Resolución del ex Ministerio de Bienestar Social que dispuso la ocupación temporánea de un inmueble después de haber sido condenada a desalojarla, con orden de lanzamiento (cfr. *op. cit.*, pág. 194, nota 367).

128 REVIDATTI, Gustavo, "La ocupación temporánea. Expropiación de uso y expropiación de urgencia", en el libro *La Ley Nacional de Expropiaciones*, pág. 217, Buenos Aires, 1977.

Sección 3ª

OTRAS FIGURAS QUE IMPLICAN EL EJERCICIO DE POTESTADES ABLATORIAS

1. LA FIGURA DE LA REQUISICIÓN

Las técnicas descriptas anteriormente (expropiación y ocupación temporánea) no agotan el cuadro de las transferencias coactivas de bienes que puede disponer la Administración. Como se ha advertido, la requisición, si bien tiene como principal fundamento la satisfacción de una utilidad pública constituye (a diferencia de la expropiación) una medida de alcance general, que afecta por igual a todos los ciudadanos, por la cual se opera la ocupación o adquisición de un bien por el Estado [129].

En el derecho comparado se distingue la requisición civil de la militar [130]. Ambas requieren de una base legal para su procedencia, que discrimine los requisitos y casos en que será procedente. Hallándose en juego la garantía de la propiedad va de suyo que el propietario afectado tiene derecho, en principio, a la indemnización previa que consagra el art. 17 de la LE para lo que se aplican, en subsidio, las prescripciones de la LE, a falta de regulación específica sobre la materia.

Una excepción a dicho principio, generalmente reconocida en los ordenamientos, se presenta en la requisición militar en caso de guerra, donde se aminoran las garantías del Estado de Derecho con el objeto de preservar la defensa de la Nación.

A su vez, otro rasgo diferencial entre ambos institutos es que mientras la requisición militar hace posible la ejecución coactiva del acto administrativo que la lleva a cabo, en la civil, la Administración, ante la oposición del propietario, precisa acudir la justicia para ejecutar la orden [131].

La ley de Defensa Nacional habilita al Poder Ejecutivo a que, en caso de guerra o ante su inminencia, disponga requisiciones de bie-

129 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. IV, pág. 450.

130 Véase: GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 225, Madrid, 1992.

131 Doctrina que sustenta MARIENHOFF (*op. cit.*, t. IV, pág. 473) aunque con otra terminología.

nes para satisfacer necesidades de la defensa nacional, cuyo procedimiento y recaudo se establecen por vía reglamentaria [132].

La citada ley prescribe que la requisición configura una carga pública irrenunciable, que genera el derecho a ser indemnizado por los gastos en que incurra el propietario [133], excluyendo el lucro cesante, en armonía con lo prescripto en la ley nacional de expropiaciones [134]. En consecuencia, corresponde interpretar que, dado que la requisición puede también implicar la pérdida del dominio, cuando ello ocurra, deberán indemnizarse tanto el valor objetivo del bien como todos los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la privación del bien.

En la requisición, la garantía de la propiedad (art. 17, Const. Nac.) conduce a la aceptación de la viabilidad de la acción de retrocesión en caso que al bien se le asigne otro destino o no se le fije destino alguno [135].

2. OTRAS TRANSFERENCIAS COACTIVAS: EL DECOMISO Y LA CONFISCACIÓN

En general, el decomiso o comiso, se caracteriza por ser una limitación máxima al derecho de propiedad al implicar la pérdida definitiva de una cosa mueble, por razones de seguridad, moralidad y salubridad públicas [136].

Su procedencia requiere base legal por constituir una pérdida del derecho de propiedad que sólo puede decretarse por ley formal, además de que únicamente esta clase de leyes pueden reglamentar, en principio, el ejercicio de los derechos individuales conforme a lo prescripto en el art. 14 de la Const. Nac.

A diferencia de la expropiación, que también puede operar como sanción accesoria (v.gr. en materia aduanera), el decomiso no genera el derecho a ser indemnizado. El fundamento de ello radica en que el decomiso no beneficia directamente a la administración sino sólo a la sociedad en su conjunto, inclusive al particular decomisado, aparte

132 Ley 23.554, art. 34.
133 Ley 23.554, art. 34.
134 Ley 21.499, art. 10.
135 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, pág. 475.
136 Cfr. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. VI, pág. 529, Buenos Aires, 1956, señala que no tiene por finalidad afectar la cosa decomisada a usos públicos.

de que no podría hablarse, en estos casos, de una verdadera propiedad legal.

Dentro de las transferencias coactivas no hay que olvidar la confiscación, que consiste en la pérdida de todos los bienes del particular confiscado, o bien, en la aplicación de una sanción pecuniaria que exceda los límites de lo razonable, afectando o desnaturalizando el derecho de propiedad.

En nuestro orden jurídico constitucional (art. 17, Const. Nac., en materia penal) y jurisprudencial [137] la confiscación, en cualquiera de sus modalidades, se considera un acto o medida violatoria de la Constitución Nacional.

137 Una reiterada jurisprudencia de la Corte reiterada veda la posibilidad de admitir impuestos o tasas confiscatorios; véase: *Fallos*, 131:161 y sigs. En nuestro orden jurídico constitucional (art. 17, Const. Nac., en materia penal) y jurisprudencial la confiscación, en cualquiera de sus modalidades, se considera un acto o medida violatoria de la Constitución Nacional. Entre los antecedentes jurisprudenciales cabe mencionar los siguiente: *Fallos*, 131:161 y sigs., CSJN, 16-XII-1925, "Pedro Emilio Bordie c/ Municipalidad de Capital", *Fallos*, 145:327. CSJN, 30-VI-1943, "Andrea A. de Muñoz", *Fallos*, 196:124. CSJN, 7-IV-1943, "SA Mataldi Simón Ltda. c/ Provincia de Córdoba", *Fallos*, 195:252. CSJN, 22-XI-1946, "Pereyra Iraola, Sara", *Fallos*, 206:247; *idem*, 13-X-1947, *Fallos*, 209:116, *idem* 31-X-1947, *Fallos*, 209:202, *idem*, 23-XII-1942, *Fallos*, 194:430, *idem*, 5-III-1948, *Fallos*, 210:313, 3-X-1956, *Fallos*, 236:23 y 30-X-1957, *Fallos*, 239:160. "Jacobo Ajmechet y otros", 1941, *Fallos*, 141:244. "La Esmeralda, Capitalización SA c/ Provincia de Córdoba", 1946, *Fallos*, 207:373. "Satia c/ Provincia de Buenos Aires", 1940, *Fallos*, 188:39. "Pedro Rompil c/ Pcia. de Buenos Aires", *Fallos*, 166:383. "Vázquez de Filipini c/ SA Wyness y Freitog", 1946 (*Fallos*, 206:21): *La Corte enerva la pretensión fiscal del Estado únicamente hasta el límite en que ésta excede de lo compatible con el principio de amparo del derecho de propiedad y que todo lo demás queda perfectamente legal.* CSJN, 20-IX-1984, "Ford Motors Argentina SA", LL, t. 1984-B, pág. 2285. Suprema Corte de Buenos Aires, 9-XII-1981, "Corporación Argentina de Productores de carne v. Municipalidad de Avellaneda" (LL, XLII, A-I, 1252 sumario 30). "Mario Saenz c/ Provincia de Buenos Aires", 1942, *Fallos*, 193:373-374. "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Nación Argentina", *Fallos*, 186:170. CSJN, 5-VI-1968, "Esso SA", *Fallos*, 271:7, LL, 131-773. CSJN, 14-VI-1967, "Soficomar SRL", *Fallos*, 268:56, LL, 127-71, ED, 21-610. CSJN, 21-IX-1956, "Kathlenn Frances Anne Synge", *Fallos*, 235:888. CSJN, 14-XII-1944. "Gerónimo Mordeglia c/ Pcia. de Buenos Aires", *Fallos*, 200:393. CSJN, 2-III-1956, "Ocampo, Carlos", *Fallos*, 234:129. CSJN, 27-II-1948, "SA Ganadera e Industrial Cimaco Morea v. Pcia. de Córdoba", *Fallos*, 210:175, Con respecto a Tasas: "Banco de la Nación Argentina c/ Municipalidad de San Rafael" (*Derecho Fiscal*, 1956, T. VI, pág. 496).

TÍTULO SEXTO

PROCEDIMIENTOS Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS

CAPÍTULO I

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

1. El procedimiento administrativo como instrumento de control y garantía del administrado. Control de legitimidad y de mérito, oportunidad o conveniencia.
2. Proceso y procedimiento. El procedimiento como cauce formal de la función administrativa.
3. Notas que caracterizan las diferencias existentes entre proceso jurisdiccional y procedimiento administrativo.
4. Naturaleza del procedimiento administrativo e individualidad de los actos que lo componen. Los actos coligados.
5. Clasificación de los procedimientos administrativos.
   A) Procedimiento general y procedimientos especiales.
   B) Otras clasificaciones. Procedimientos declarativos, ejecutivos y de simple gestión o internos.
6. Regulación positiva del procedimiento administrativo. Ámbito de aplicación.
7. El procedimiento declarativo de impugnación. Recursos, reclamaciones y denuncias.

CAPÍTULO I

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE CONTROL Y GARANTÍA DEL ADMINISTRADO. CONTROL DE LEGITIMIDAD Y DE MÉRITO, OPORTUNIDAD O CONVENIENCIA

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 control de legitimidad y de oportunidad, mérito o conveniencia y que sirven, al propio tiempo, de garantía de los administrados.

El procedimiento administrativo constituye de ese modo, aun en los supuestos del mero procedimiento de formación de los actos administrativos que no implican la sustanciación de recursos, un instrumento de control de la legitimidad (que incluye legalidad y razonabilidad o justicia) y del acierto de los actos en relación al interés público o bien común que es el fin que la Administración persigue (control de oportunidad, mérito o conveniencia).

Desde luego que existen numerosas zonas o aspectos de los actos administrativos donde confluyen el control de legitimidad con el de oportunidad, mérito o conveniencia, en la medida en que el fin de interés público que el acto persigue puede ser analizado, indistintamente, a través del prisma de la legitimidad como del mérito.

La cuestión se vincula a la existencia de facultades regladas y discrecionales, por una parte, y al hecho de que el interés público, que justifica —de oficio o a pedido del administrado— la actuación de los mecanismos de control mediante el ejercicio de la potestad revocatoria, es sobreviniente y sobrepasa la finalidad tenida en mira en el momento de emitir el acto administrativo.

En otros términos, si el interés público aparece reglado al momento de dictar el acto administrativo, el control de legitimidad sólo puede ser ejercido con arreglo a las normas vigentes. Si se trata de facultades discrecionales, la determinación efectuada por la Administración también ha de ser juzgada de acuerdo al interés público existente en oportunidad de la emisión del acto administrativo. Hay, en este último caso, control de mérito.

Pero mientras en el primer caso, el cambio o modificación operada en el interés público requiere que para justificar la revocación del acto se modifique el derecho objetivo, no sucede lo mismo tratándose del ejercicio de facultades discrecionales o de derechos subjetivos debilitados, sin perjuicio de la existencia de límites de razonabilidad puestos al ejercicio de este tipo de control.

Existen diversos tipos de procedimientos administrativos, según que ellos se refieran a la fiscalización interna (procedimientos de los órganos de control) [1], al nacimiento de los actos administrativos (procedimiento de formación), o a su impugnación (procedimiento recursivo).

En los últimos tiempos en la doctrina y la legislación se advierte un mayor interés por el procedimiento de formación de los actos [2] tendencia que aparece confirmada en nuestro país con el dictado de los ordenamientos positivos vigentes en el orden nacional y provincial.

Pero tanto el procedimiento administrativo de formación como el de naturaleza recursiva constituyen garantías formales a favor del administrado que le aseguran el ejercicio del poder de reacción frente a los actos perjudiciales a sus derechos subjetivos e intereses legítimos, permitiéndole conseguir la extinción, modificación o reforma de los actos administrativos lesivos [3].

1 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 633 y sigs., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, quien realiza un detallado estudio de los diversos medios de control o fizcalización, especialmente de las figuras de la vigilancia, autorización, aprobación, visto bueno, suspensión e intervención.

2 CATALDI, Giuseppe, *Il Procedimento Amministrativo nei suoi Attuali Orientamenti Giuridici e non Giuridici*, págs. 3-5, Milán, 1967.

3 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, págs. 361-362. Apuntan estos autores que si bien el procedimiento administrativo representa una garantía para los administrados (y en esto se identifica con el proceso jurisdiccional) ello no agota su función principal de asegurar la eficaz satisfacción del interés público, mediante la adopción de decisiones de la Administración, que es intérprete del interés, parte del procedimiento y árbitro del mismo (*op. cit.*, t. II, pág. 363).

2. PROCESO Y PROCEDIMIENTO. EL PROCEDIMIENTO COMO CAUCE FORMAL DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Si nos atenemos al criterio material para definir las funciones del Estado, la temática que se plantea alrededor de la diferencia entre proceso y procedimiento encuentra una clara sustentación real y fundamentación lógica. Con todo, hay que advertir que tanto el proceso como el procedimiento son conceptos análogos y que, en el lenguaje común y vulgar —a veces también en el ámbito científico y profesional— pueden trasuntar la misma significación.

La doctrina procesal —seguida también por un sector de administrativistas— suele diferenciar el proceso del procedimiento sosteniendo que mientras el primero es un concepto de naturaleza formal, el segundo es eminentemente teleológico. Dentro de esta corriente el proceso implica el hecho de que la satisfacción de las pretensiones sea dirimida por un órgano imparcial o independiente. El procedimiento sería, en cambio, una serie de actos que se desarrollan en forma progresiva [4] que trasuntan la instrumentalización del proceso [5].

De este modo habría procedimiento dentro del proceso judicial, caracterizándose por el conjunto de formalidades a que deben someterse las partes y el juez durante la tramitación del proceso [6].

Existe otra corriente en la doctrina que es partidaria de la asimilación entre proceso y procedimiento, sosteniendo que, en definitiva, el proceso se da en todas las funciones del Estado [7].

Por otra parte, se ha postulado que el criterio distintivo entre proceso y procedimiento radica en que el proceso se refiere a la sucesión de actos que se llevan a cabo ante un órgano jurisdiccional, comprendiendo el procedimiento a los demás actos sucesivos y correla-

4 NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho Procesal Administrativo*, pág. 70, México, 1959; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, t. I, 2ª ed., págs. 7-8, Madrid, 1964; BERÇAITZ, Miguel Á., "Proceso y procedimiento contencioso-administrativo", RAP, nro. 44, págs. 122-123, este último autor sostiene, sin embargo, una concepción amplia acerca del proceso.

5 CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, pág. 48 y sigs., Buenos Aires, Uthea, 1944.

6 ALSINA, Hugo, *Tratado de Derecho Procesal*, t. I, pág. 404, Buenos Aires, Ediar, 1956.

7 SANDULLI, Aldo M., *Il Procedimento Amministrativo*, pág. 14 y sigs., Milán, 1959; VILLAR Y ROMERO, José M., pág. 7 y sigs., Madrid, 1948. Entre nosotros, Fiorini sostiene que el proceso se da en todas las funciones estatales, pero aceptando que cada proceso tiene un procedimiento que expresa las realizaciones prácticas para su concreción (FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, t. I, págs. 102 y 103).

cionados entre sí a través de los cuales se obtiene un pronunciamiento de un órgano público de otra naturaleza [8].

Las posturas aquí reseñadas —que no agotan por cierto todas las teorías que se han expuesto— [9], tienen —algunas de ellas— su parte de verdad, habida cuenta de que tanto el término procedimiento como proceso [10] son conceptos análogos.

Pero la analogía está limitada al sentido básico y general que poseen los términos del lenguaje. En tal sentido, puede señalarse una equivalencia de los términos utilizados en cuanto proceso y procedimiento indican el cauce formal de una función del Estado, es decir, la serie de actos y recaudos formales que deben cumplimentarse en el obrar de los órganos estatales.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico (y por tanto, convencional y técnico) la distinción se proyecta con perfiles netos y su empleo se realiza por parte de la doctrina, las más de las veces, en forma inconsciente.

En efecto, si tanto el proceso como el procedimiento constituyen el medio instrumental para llevar a cabo una función del Estado parece evidente que sus notas adjetivas se hallarán influidas y determinadas por el tipo de función que materialmente ejerciten en cada caso los órganos estatales.

En este sentido, entonces, cobra importancia la distinción para precisar que el procedimiento administrativo constituye la forma o el cauce formal de la función administrativa [11] (en sentido material).

8 RONDON DE SANSO, Hildegard, *El Procedimiento Administrativo*, pág. 4, Caracas, 1976. Véase DROMI, José R., *Instituciones de Derecho Administrativo*, págs. 503-508, Buenos Aires, Astrea, 1973.

9 Ampliar en: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.*, t. I, pág. 48 y sigs.

10 Esta analogía ha sido calificada como ambivalencia por algunos autores respecto al procedimiento administrativo: GORDILLO, Agustín A., *Procedimiento y Recursos Administrativos*, págs. 7-8, Buenos Aires, Macchi, 1964; FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, "Principios Fundamentales del Procedimiento Administrativo", en el libro *Procedimiento Administrativo*, pág. 113. Entre nosotros, ESCOLA (*Tratado General de Procedimiento Administrativo*, págs. 8-11, Buenos Aires, Depalma, 1973) propicia la ampliación del concepto de proceso, el que define por su finalidad teleológica, pero admitiendo la posibilidad de que existan el proceso administrativo y el legislativo, además del judicial. Esta tesis que ya habían propiciado Berçaitz y Fiorini, ha sido postulada por Comadira quien apunta que ello esclarece la posición institucional de los órganos del Estado y favorece la defensa de los administrados (cfr. COMADIRA, Julio R., "Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo", *Boletín del Instituto de Derecho Administrativo Profesor Rafael Bielsa*, año 1972, nro. 5, pág. 51).

11 BENVENUTTI, Feliciano, "Funzione Amministrativa. Procedimento. Processo", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952, pág. 118 y sigs.

El concepto de proceso resulta más adecuado referirlo al cauce formal de la función jurisdiccional [12], entendida ésta como la solución de controversias (en sentido amplio) con fuerza de verdad legal [13].

De esta manera, habrá procedimiento administrativo en el ámbito de los tres órganos esenciales del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), cuando éstos realicen funciones "materialmente" administrativas, y, por otro lado, habrá proceso jurisdiccional cuando cualquiera de esos órganos —en principio sólo el Poder Judicial en nuestro sistema constitucional— ejerza la función jurisdiccional, en sentido objetivo.

3. NOTAS QUE CARACTERIZAN LAS DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE PROCESO JURISDICCIONAL Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Las distintas funciones que en sentido material se realizan a través del procedimiento administrativo y del proceso jurisdiccional se proyectan sobre el régimen jurídico del cauce formal que es propio a cada una de ellas, demostrándose con ello cómo, a pesar de que ambos son medios instrumentales, participan de los caracteres de la función sustancial que realizan, lo que les asigna notas diferenciales.

Esas notas diferenciales entre el proceso jurisdiccional y el procedimiento administrativo se advierten en importantes aspectos del régimen jurídico de la actividad, a saber:

a) el proceso jurisdiccional se encuentra basado en el principio de la preclusión, apareciendo como etapas que una vez cumplidas no pueden reabrirse por el juez ni las partes. No ocurre así en el procedimiento administrativo, donde se admite el informalismo como criterio rector en la sustanciación de los trámites procesales [14];

b) mientras en el proceso jurisdiccional la institución de la cosa juzgada (formal y material) le atribuye a la sentencia una inmutabilidad prácticamente absoluta, en el procedimiento administrativo, como regla general, no acontece lo mismo (sin perjuicio de la estabilidad que posea el acto en sede administrativa), pues la decisión final puede ser luego revoca-

12 DROMI, José R., *Instituciones de Derecho Administrativo*, pág. 504.

13 Véase sobre este punto: ABERASTURY, Pedro (h) - CILURZO, María J., *Curso de Procedimiento Administrativo*, pág. 17 y sigs., Buenos Aires, 1998.

14 GIANNINI, Massimo S., *Diritto Amministrativo*, t. II, pág. 897, Milán, 1970.

da a favor del administrado o en contra del mismo (revocación por oportunidad) [15];

c) el procedimiento administrativo es dirigido y coordinado por una de las partes principales: la Administración Pública. En el proceso jurisdiccional, el juez, o el tribunal administrativo que ejerce funciones jurisdiccionales, interviene en el proceso como un órgano ajeno a las partes de la controversia [16].

4. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO E INDIVIDUALIDAD DE LOS ACTOS QUE LO COMPONEN. LOS ACTOS COLIGADOS

La exposición de motivos y el texto de la LNPA no contienen referencia alguna al criterio acerca de la estructura técnica del procedimiento administrativo, respecto de la que se ha sostenido, por influencia de la doctrina italiana, la tesis llamada sustancialista. Esta teoría, que parece hallarse en la actualidad abandonada, preconizaba que los diferentes actos integrantes del proceso de formación de la voluntad administrativa carecían de autonomía, integrándose en la decisión final.

El procedimiento no es un acto complejo sino un complejo de actos, cada uno de los cuales posee individualidad jurídica propia, sin perjuicio de hallarse relacionados con los demás actos con los cuales tiene una vinculación común en mérito a la obtención de la finalidad de interés público que persigue la Administración [17].

15 CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, 2ª ed., pág. 128.

16 RONDON DE SANSO, Hildegard, *op. cit.*, pág. 17. La circunstancia descripta no es óbice para descartar el criterio del órgano imparcial e independiente para definir la función jurisdiccional, ya que ello no es más que una condición que debe revestir el órgano de admitirse el principio de separación de los poderes y no la sustancia o naturaleza de la función. Con todo, parece real que, en la mayoría de los países, la característica apuntada en el texto se observa en los ordenamientos positivos, siendo necesario ponerla de resalto, pues ello implica una garantía esencial del administrado que hace a la defensa en juicio (art. 18, Const. Nac.). Aun así, de la noción de función jurisdiccional que hemos dado, se desprende que la interpretación expuesta es correcta pues para que exista real controversia (en sentido amplio) ha de haber un proceso (instrumento) que permita que un órgano ajeno a las partes (requisito que debe reunir el órgano judicial o el tribunal administrativo) la dirima o resuelva con fuerza de verdad legal. Por esto, en los recursos administrativos no hay actividad jurisdiccional, aun cuando se resuelva un conflicto.

17 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. 128, págs. 368-369. Lo que da unidad al conjunto, dice González Pérez, no es la causa, sino el efecto: en el procedimiento, todos los actos están encaminados a producir un efecto jurídico (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, pág. 75, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2002).

Pero tal circunstancia no implica negar que el procedimiento administrativo de formación del acto —considerado en relación a la decisión final o definitiva— pertenezca al elemento forma [18]. El hecho de que en la LNPA se mencionen los procedimientos previos [19] como un requisito separado, no implica desconocer que todo procedimiento es el cauce formal que exterioriza la voluntad de los órganos administrativos.

En síntesis, los distintos actos del procedimiento administrativo no integran un acto complejo sino un complejo de actos vinculados por una misma finalidad. Cada uno de ellos ostenta individualidad jurídica propia y es susceptible de impugnación en tanto el ordenamiento positivo no limite la procedencia del recurso a los casos en que exista una decisión definitiva o asimilable (v.gr. en materia de recurso jerárquico) [20].

Ello no impide que, como esos actos separables integran el procedimiento de formación del acto final (y por ende su elemento forma), también puedan ser impugnados en oportunidad de recurrir o deducir acción judicial contra el acto que pone fin al procedimiento.

En una línea similar, Barra ha desarrollado la teoría de los actos coligados. Parte de la circunstancia de que, en ciertos actos del procedimiento administrativo como el procedimiento contractual, su estructura traduce una unidad esencial entre todos los actos del procedimiento donde los actos coligados (a diferencia de los actos interlocutorios o de mero trámite) son verdaderos actos definitivos que tienen la peculiaridad de encontrarse vinculados a una serie cocausal de actos de la misma especie, en una relación de actos antecedentes y consecuentes [21].

5. CLASIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Existen diversas clases de procedimientos administrativos. Desde aquellas que tienen en cuenta su carácter general o especial, hasta los procedimientos declarativos de impugnación, son numerosas las clasificaciones que se han formulado en el campo normativo y doctrinario.

18 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 128; CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, 2ª ed., pág. 128.

19 Ley 19.549, art. 7°, inc. d).

20 El art. 84 del RLNPA admite la impugnación, mediante el recurso de reconsideración, de los actos de mero trámite.

21 BARRA, Rodolfo C., *Los Actos Administrativos Contractuales. Teoría del Acto Coligado*, Buenos Aires, Ábaco, 1989.

A) Procedimiento general y procedimientos especiales

Es evidente que la diversidad de procedimientos especiales en el ámbito de la Administración conspira contra la seguridad jurídica y la garantía de la defensa de los derechos privados habida cuenta de las dificultades que tendrían los administrados para conocer en detalle la infinidad de disposiciones especiales que pudieron ser dictadas para regir la actuación de cada órgano o ente del Estado.

Ello justifica que los distintos sistemas jurídicos procuren establecer normas uniformes para todos los sectores de la Administración Pública y hasta una razón de economía procedimental contribuye a esa necesaria unificación. Con todo, parecería que para ciertas materias (v.gr. organismos militares) deberían subsistir los procedimientos especiales, en razón de la especial naturaleza de las respectivas funciones.

La LNPA abordó el problema que presentaba la realidad en la materia delegando en el Poder Ejecutivo la determinación de los procedimientos especiales que continúan vigentes [22] pero al propio tiempo prescribió la aplicación supletoria de la ley de procedimientos administrativos en las tramitaciones administrativas cuyos regímenes especiales subsistan [23].

Asimismo, al establecer las atribuciones del Poder Ejecutivo, estableció la ley el principio básico de la adaptación paulatina de los regímenes especiales al nuevo procedimiento, facultándolo para "sustituir las normas legales [24] y reglamentarias de índole estrictamente procesal de los regímenes especiales que subsistan, con miras a la paulatina adaptación de éstos al sistema del nuevo procedimiento y de los recursos administrativos por él implantados, en tanto ello no afectare las normas de fondo a que se refieren o apliquen los citados regímenes especiales" [25].

En ejercicio de la delegación dispuesta en el citado art. 2°, 1° parte, de la LNPA, el Poder Ejecutivo dictó el dec. 9101/72, donde se enunciaron los procedimientos especiales que continuarían en vigencia (sin perjuicio de la aplicación supletoria de la LNPA y su re-

22 LNPA, art. 2°, 1ª parte.

23 LNPA, art. 2°, inc. a), *in fine*.

24 Esta facultad no ha sido ejercida en la práctica por el Poder Ejecutivo y traduce una "deslegalización" de materias.

25 LNPA, art. 2°, inc. a). Lamentablemente, algunas leyes posteriores excluyen expresamente la aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos. Creemos, sin embargo, que frente a la carencia de normas que pueda presentarse, la ley y el reglamento de procedimientos administrativos serán aplicables, al menos, por analogía.

glamento). Con el tiempo, algunos de los procedimientos especiales mencionados en el decreto fueron derogados, mientras que normas posteriores crearon otros nuevos. Intentando clarificar este escenario, el dec. 722/96 derogó el dec. 9101/72, y pretendió la aplicación exclusiva de la ley de procedimientos y su reglamento, aunque admitiendo (en su art. 2°, con la modificación introducida por el dec. 1155/97) la subsistencia de los procedimientos especiales que regulen ciertas materias, entre ellas, las correspondientes a la AFIP, a las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales e inteligencia, y otras. Intentando evitar que se repita la proliferación de procedimientos especiales que sobrevino al dec. 9101/72, el art. 3° del dec. 722/96 prevé que, en lo sucesivo, "cualquier disposición que instituya procedimientos administrativos especiales deberá contener expresa fundamentación de la necesidad jurídica imprescindible de apartarse de los procedimientos establecidos por la ley nacional de procedimientos administrativos 19.549 y por el reglamento...".

B) Otras clasificaciones. Procedimientos declarativos, ejecutivos y de simple gestión o internos

Los procedimientos declarativos tienen por objetivo la obtención de una decisión definitiva o final, clasificándose a su vez en: a) procedimiento disciplinario; b) procedimiento de revisión *ex officio*; c) procedimiento de la Administración de control y d) procedimiento recursivo o de impugnación.

Los procedimientos tendrán naturaleza ejecutiva cuando persigan la finalidad específica de realizar o ejecutar materialmente, un acto administrativo concreto (v.gr., autotutela en el dominio público) siempre que la Administración se halle facultada por el ordenamiento jurídico para utilizar la coacción sobre los bienes o las personas, con todas las limitaciones y garantías que ello supone [26].

Puede ocurrir también que el procedimiento sea de simple gestión o interno cuando vincula entre sí a órganos administrativos (v.gr. de carácter técnico) [27], aun cuando en la medida en que tales actos inter-orgánicos trasciendan el *status* del administrado y generen efectos directos, pasan a formar parte del procedimiento externo.

26 De este tema nos ocupamos en un trabajo anterior: *La ejecutoriedad del acto administrativo*, pág. 97 y sigs., Buenos Aires, 1971. Ver también, BORIO, Fernando R., "El principio general de la ejecutoriedad del acto administrativo y sus fundamentos", ED, t. 88, pág. 759.

27 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, pág. 371, t. II.

6. REGULACIÓN POSITIVA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Si bien el reconocimiento del derecho de los administrados a interponer recursos contra los actos administrativos no requiere que el mismo se encuentre necesariamente reglado en forma expresa [28], en virtud de ser la emanación de prescripciones constitucionales (arts. 14 y 18, Const. Nac.), existió a partir de la década de 1930 la preocupación, en el orden nacional, por legislar sobre la materia, aun cuando la regulación positiva fue sólo fragmentaria, pues sólo abarcaba al recurso jerárquico. Los demás recursos tenían carácter no reglado y así lo reconoció la doctrina [29] y la jurisprudencia administrativa que los aceptó.

Hubo que esperar más de cuarenta años para tener una regulación orgánica en el orden nacional que abarcase las normas de Derecho Administrativo de fondo o sustantivo —que se consideraron materias regulables por ley— junto a las normas procedimentales que establecieron recaudos de trámite de todas las actuaciones administrativas en general y las prescripciones en materia de recursos administrativos, que se reservaron al Reglamento. Así se dictaron la ley número 19.549 y el dec. 1759/72 que constituyen los cuerpos normativos orgánicos de regulación del procedimiento administrativo nacional.

En este aspecto, muchas de las provincias se habían adelantado sancionando, la mayor parte de ellas [30], normas sobre procedimientos administrativos, habiendo continuado este proceso hasta nuestros días [31].

El ámbito de aplicación [32] de las normas de procedimiento de la LNPA [33] y del RLNPA [34] ha quedado circunscripto de la siguiente manera:

28 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, págs. 641-642, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.

29 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 642.

30 Santiago del Estero, ley 2296; Buenos Aires, ley 7647; Córdoba, ley 5350; Jujuy, ley 1886.

31 Mendoza, ley 3909; Salta, ley 5348; Tucumán, ley 4537; Chubut, ley 920 (t.o. por dec. 1464/95); Chaco, ley 1140 (modificada por ley 4527); Formosa, ley 971; La Pampa, ley 951; Entre Ríos, ley 7060 (1983); Neuquén, ley 1284; La Rioja, ley 4044.

32 CABRAL, Julio E., "Ámbito de aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", *Acto y Procedimiento Administrativo*, pág. 1 y sigs., Buenos Aires, 1975.

33 La LNPA fue redactada por una comisión integrada por los doctores Adalberto E. Cozzi, Carlos A. Young y Héctor Jorge Escola, y es evidente que ella ha contribuido a juridizar en grado sumo la actividad de la Administración Pública. En el año 1977 sufrió ajustes parciales por la ley 21.686.

34 Reglamento de la LNPA aprobado por dec. 1759/72. Este Reglamento también fue

a) las normas rigen tanto para la Administración Central (inclusive a los órganos desconcentrados o descentralización burocrática) como respecto de las entidades descentralizadas (art. 1°, 1ª parte, LNPA);
b) la excepción a dicho principio está dada por los procedimientos especiales subsistentes. Sin embargo, en tales supuestos, la ley de procedimientos administrativos continúa aplicándose en forma supletoria y en la medida en que no afecta las normas de fondo de dichos regímenes (conf. art. 2° del dec. 722/96, texto según dec. 1155/97);
c) dichas normas de "procedimiento" también se aplican, en principio, respecto de los actos regulados parcialmente por el Derecho Privado siempre que no alteren las normas de fondo (civiles) aplicables al caso [35]. Esta aplicación de las normas de procedimiento a los actos de objeto privado de la Administración se realiza en forma analógica y no por subsidiariedad.

7. EL PROCEDIMIENTO DECLARATIVO DE IMPUGNACIÓN. RECURSOS, RECLAMACIONES Y DENUNCIAS

Se ha visto que una de las subespecies del procedimiento declarativo está constituida por aquellos procedimientos que tienden a la institución de reglas para la deducción y trámite de las impugnaciones que interponga el administrado, quien actúa en el doble carácter de portador de un interés propio y de colaborador de la legalidad objetiva [36].

El típico medio de impugnación de actos que lesionan un derecho subjetivo o interés legítimo del administrado es el recurso, que debe ser distinguido de la reclamación y de la denuncia.

El recurso es toda impugnación en término de un acto administrativo o reglamento tendiente a obtener del órgano emisor del acto,

---

reformado en el año 1977 mediante el dec. 3700/77, que modificó sólo algunos artículos sobre la prueba y los recursos. En el año 1991, el dec. 1883/91 introdujo algunas importantes modificaciones: incorporó el plazo de gracia en el procedimiento administrativo, modificó el sistema recursivo, reformó el régimen de notificaciones, reemplazó algunos artículos atinentes al sistema de vistas, el alegato y la prueba, y aprobó un texto ordenado; véase CANOSA, Armando N., *Los Recursos Administrativos*, pág. 42 y sigs., Buenos Aires, 1996.

35 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, pág. 374.

36 Cfr. ABAD HERNANDO, Jesús L., "Notas sobre las reformas a la ley de procedimiento administrativo", *Comercio y Justicia*, introducción, *in fine*, Córdoba, 1978.

de su superior jerárquico o de quien ejerce el control llamado de tutela, la revocación, modificación o saneamiento del acto impugnado [37].

La sustancia o naturaleza de los recursos administrativos es propia de la función administrativa [38] y nunca es actividad jurisdiccional [39] ya que técnicamente no puede hablarse de estricta controversia (la Administración actúa como parte y autoridad decisoria) ni tampoco la decisión posee los atributos de la verdad legal (cosa juzgada formal y material).

Las meras reclamaciones no regladas constituyen peticiones que pueden formular los administrados en ejercicio del derecho constitucional de peticionar a las autoridades tendiente a obtener la emisión de un acto favorable o la extinción de un acto administrativo o reglamento. La Administración Pública no está obligada a tramitarlas ni a dictar decisión respecto de ellas, a menos que el particular tuviera un derecho a que se dicte la decisión, pudiendo presentarlas el titular de un interés legítimo y aun el portador de un interés simple.

Las reclamaciones pueden hallarse regladas tal como ocurre con la queja [40] y con los procedimientos que se exigen para la habilitación de la instancia judicial [41].

En tales supuestos el administrado tiene a su favor la opción de elegir entre el silencio negativo, en base al procedimiento previsto en el art. 10 de la LNPA o la obtención de una decisión expresa, que deberá requerir en la sede judicial mediante la interposición de una acción de amparo por mora de la Administración (art. 28, LNPA, modificado por la ley 21.686).

37 Ver y comparar: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los Recursos Administrativos*, pág. 21, Madrid, 1960; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 418; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. V, pág. 135, Buenos Aires, Ateneo, 1956; ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, pág. 254, Buenos Aires, Depalma, 1973; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 470-471, Montevideo, 1963; GARRIDO FALLA, Fernando, *Régimen de Impugnación de los Actos Administrativos*, pág. 288, Madrid, 1956; GORDILLO, Agustín A., *Procedimiento y Recursos Administrativos*, pág. 89.

38 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 419.

39 En contra BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. V, pág. 135; PEARSON, Marcelo M., *Manual de Procedimiento Administrativo*, pág. 18 y sigs., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.

40 Art. 71 del RLNPA.

41 Dichos procedimientos son la reclamación administrativa previa (art. 30 y sigs., LNPA, texto según ley 25.344) y el llamado reclamo impropio exigido para impugnar directamente reglamentos administrativos en sede judicial (art. 24, inc. a], LNPA).

Las denuncias administrativas pueden ser interpuestas por los titulares de intereses simples, a diferencia de los recursos, en que se requiere una legitimación básica (derecho subjetivo o interés legítimo). Se trata de poner en conocimiento de la autoridad administrativa la comisión de un hecho ilícito de algún funcionario o particular o la irregularidad de un acto administrativo o reglamento [42]. A diferencia de los recursos la Administración no está obligada a tramitarlas ni decidirlas [43].

Sin embargo, la denuncia puede traer aparejado, en algunos casos, el derecho del administrado a que se tramite como recurso una vez acogida la misma. Tal ocurre con la denominada "denuncia de ilegitimidad" que prescribe el art. 1°, inc. e), ap. 6° de la LNPA, tema sobre el cual volveremos más adelante.

42 Cfr. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. V, pág. 190, Buenos Aires, Depalma, 1964.

43 ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. II, pág. 71, Milán, 1958; BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. V, pág. 136.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

1. Función y naturaleza de las normas que establecen los principios fundamentales del procedimiento administrativo.
2. El principio de legitimidad. Remisión.
3. El principio de verdad material.
4. El principio de oficialidad.
5. El informalismo del procedimiento administrativo. Remisión.
6. El debido proceso adjetivo.
7. El principio de la eficacia y sus complementos en el procedimiento administrativo.
8. La gratuidad del procedimiento administrativo.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. FUNCIÓN Y NATURALEZA DE LAS NORMAS QUE ESTABLECEN LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo suele contener en los ordenamientos positivos una serie de principios de carácter general que hacen a la propia función del procedimiento, a las características que demanda la actividad administrativa para poder realizarse con eficacia y a la debida defensa del *status* del administrado durante el trámite procesal.

La fuente de esos principios es tanto la Constitución Nacional (v.gr. el debido proceso adjetivo enunciado en el art. 1°, inc, f] de la LNPA que es una emanación de la garantía de la defensa prescripta en el art. 18 de la Const. Nac.) como la ley formal y material (ej.: celeridad, economía, sencillez, informalismo, etc.).

Su aplicación no precisa la reglamentación previa del Poder Ejecutivo, teniendo tales principios operatividad por sí mismos, y configurando, en la mayoría de los casos, verdaderos deberes para la Administración Pública, a la cual se le impone el cumplimiento de determinados requisitos en el transcurso del procedimiento administrativo, ya fuere de oficio o a pedido de parte interesada.

Ellos configuran, en el orden nacional y en aquellas provincias que los han regulado, un sistema garantístico y de eficacia administrativa que tiende a afianzar la unidad que se reclama para el procedimiento, evitando las formulaciones dispersas, al permitir que tan-

to el procedimiento general como los especiales puedan regirse por dichos preceptos [1].

Por otra parte, tales principios constituyen derivaciones imprescindibles de la propia función administrativa objetivamente considerada que requiere ser llevada a cabo en forma intermitente para satisfacer el interés general o bien común [2]. Por tal causa, determinados principios hacen a la eficacia del obrar administrativo.

Un segundo grupo de principios del procedimiento administrativo se vincula con típicos principios de justicia natural; así: la excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales, que pueden ser cumplimentadas *a posteriori* (principio del informalismo); las garantías que hacen a la defensa de los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado en su faz estrictamente procesal (debido proceso adjetivo) y el principio de la verdad material o verdad jurídica objetiva.

Finalmente, no ha de perderse de vista el hecho fundamental de que los principios del procedimiento administrativo cumplen también una triple función de fundamento, interpretación e integración del ordenamiento jurídico [3] garantizando la tutela administrativa efectiva [4].

2. EL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD. REMISIÓN

El procedimiento administrativo —como cauce formal de la función materialmente administrativa— debe respetar y observar el principio de legitimidad, sin cuya presencia la actuación estatal devendría ilegal o injusta.

La legitimidad se compone de dos facetas distintas que conjugan armónicamente el proceder del órgano administrativo.

Por una parte la legalidad, que procura ajustar el obrar administrativo al ordenamiento jurídico positivo, mediante la limitación o el condicionamiento del poder jurídico del órgano que lleva a cabo la función administrativa. Del otro lado, la legitimidad comprende

1 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 377, Madrid, 1977.

2 CASSAGNE, Juan C., *op. cit.*, t. I, págs. 45-47, Buenos Aires, 1977.

3 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "El método en el derecho administrativo", RAP, nro. 22, pág. 45 y sigs.

4 El principio de la tutela administrativa efectiva aparece reconocido expresamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 1966 (art. 2°, ap. 3°, inc. a), aprobado por ley 23.133 e incorporado a la Const. Nac. (art. 75, inc. 22).

también la razonabilidad o justicia [5] de la actuación administrativa, en cuanto exige que los actos y conductas estatales posean un contenido justo, razonable y valioso.

El principio de legitimidad, que ha sido tratado anteriormente [6], constituye la piedra angular de todo el procedimiento administrativo en cuanto de él derivan los demás principios que informan la serie de actos que lo configuran [7].

3. EL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL

A diferencia de lo que acontece en el proceso judicial, donde el juez circunscribe su función jurisdiccional a las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes, siendo ellas el único fundamento de la sentencia, en el procedimiento administrativo, el órgano que lo dirige e impulsa ha de ajustar su actuación a la verdad objetiva o material, con prescindencia o no de lo alegado y probado por el administrado.

De esta manera, el acto administrativo resulta independiente de la voluntad de las partes, a la inversa de lo que acontece en el proceso judicial, donde el acuerdo de los litigantes obliga al juez [8].

El principio de la verdad material u objetiva ha sido introducido en la ley de procedimientos administrativos vigente en el orden nacional [9] y aparece reconocido en algunas leyes provinciales [10].

5 Hay en esta especie de razonabilidad una dimensión axiológica de tipo instrumental en cuanto lo que se busca es el equilibrio entre lo que procura la Administración y las formas escogidas para su cumplimiento (véase HARO, Ricardo, "Control de Razonabilidad y Poder de Policía", apartado de *Estudios de Derecho Administrativo*, pág. 202, Córdoba, 1978, si bien referido a la razonabilidad de las leyes).

6 Nos remitimos a lo expuesto en el cap. I, tít. 4°, punto 6°, ap. A), inc. d) de este tomo.

7 Un sector de la doctrina denomina al principio de legitimidad bajo el rótulo de "legalidad objetiva". Resulta más correcto en sentido lingüístico actual y filosófico, la denominación que proponemos en cuanto permite escindir claramente las dos facetas del principio: la norma objetiva y la justicia.

8 Cfr. ESCOLA, Héctor J., *op. cit.*, pág. 126; GORDILLO, Agustín A., *Procedimiento y Recursos Administrativos*, 1ª ed., pág. 31.

9 En el orden nacional, la modificación dispuesta por la ley 21.686 introdujo el principio de la verdad material u objetiva dentro del debido proceso adjetivo (art. 1°, inc. f], ap. 2], LNPA, modificado por la ley 21.686). Esto no quita autonomía al principio ni desmerece su trascendencia, pero hubiera sido mejor regularlo separadamente. La parte pertinente del artículo prescribe: "...debiendo la Administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva...".

10 La Pampa, ley 951, art. 12, inc. a).

4. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

La Administración Pública —como gestora del bien común— tiene el deber de actuar *ex officio* en la prosecución del interés público, impulsando el procedimiento para llevarlo a cabo, cualquiera fuere la intervención e impulso que tuvieran los administrados [11]. Desde luego que ello no suprime en modo alguno la intervención de los administrados en el procedimiento ni les cercena el derecho al impulso del mismo para llegar a la decisión definitiva o pedir la revocación de un acto por razones de ilegitimidad o de mérito.

El procedimiento administrativo es de naturaleza inquisitiva [12] y esta característica viene a resaltar uno de los contrastes más singulares en relación al proceso judicial civil, pues en este último impera el llamado principio dispositivo, donde el impulso procesal compete al particular interesado, a quien pertenecen todos los poderes de disposición respecto a las distintas fases del proceso, incluso para concluirlo en forma anticipada [13].

Del principio de la oficialidad emergen una serie de consecuencias que se proyectan en una ampliación de facultades del órgano administrativo que lleva a cabo la instrucción. Así, el órgano administrativo instructor puede revocar un acto una vez dictado y notificado, de oficio o a pedido de parte, cuando existiera una nulidad absoluta y el acto no hubiere tenido principio de ejecución [14] y ordenar la producción de toda clase de medidas de prueba, aun cuando no fueran peticionadas por el administrado [15].

Este principio de la oficialidad, que comprende tanto la impulsión como la instrucción de oficio, se encuentra expresamente recogido en una norma de la LNPA que deja a salvo, expresamente, el derecho de los interesados a participar en las actuaciones [16], debiéndose ex-

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, págs. 383-384; COMADIRA, Julio R., "Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo", *Boletín del Instituto de Derecho Administrativo Profesor Rafael Bielsa*, nro. 5, pág. 67, Buenos Aires, 1972.

12 RONDON DE SANSO, Hildegard, *op. cit.*, pág. 99.

13 El procedimiento administrativo, en cambio, no puede abandonarse a los interesados: "debe ser regido y ordenado por el órgano administrativo" (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, pág. 307, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2002).

14 Art. 17, LNPA, modificado por la ley 21.686. La norma se refiere a "derechos subjetivos que se estén cumpliendo".

15 FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, "Principios fundamentales del procedimiento administrativo", en *Procedimiento Administrativo*, pág. 30.

16 LNPA, art. 1º, inc. a). También lo recoge el art. 44 de la ley 5350 de Córdoba.

ceptuar de este principio los trámites en los que medie sólo el interés privado del administrado [17].

5. EL INFORMALISMO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. REMISIÓN

El principio del informalismo —que se concibe siempre a favor del administrado— tiende a que éste pueda lograr, superando los inconvenientes de índole formal, el dictado de una decisión legítima sobre el fondo del asunto, que plantea o peticiona ante la Administración [18].

Como ya se ha visto [19] la LNPA, al establecer este principio, permite que se excuse a los interesados de la inobservancia de exigencias formales no esenciales, que puedan cumplir *a posteriori* [20].

Las formas no esenciales comprenden desde las llamadas irregularidades intrascendentes [21] que no provocan vicio alguno hasta los defectos formales que impliquen una nulidad relativa. En cambio, la existencia de vicios de forma esenciales [22] que configuran una nulidad absoluta [23], no puede excusar, por parte de la Administración y los administrados, el incumplimiento del requisito formal exigido.

Por aplicación de este principio cualquier duda que se plantee en el curso del procedimiento referida a las exigencias formales (cómputo de plazos, legitimación, decidir si el acto es definitivo o de mero trámite, calificación de los recursos, etc.) debe interpretarse a favor del administrado y de la viabilidad del recurso.

Al propio tiempo que en el procedimiento administrativo se exigen las formas requeridas para cada tipo de acto, no tienen cabida en el mismo aquellas formas creadas por la rutina burocrática o transplantadas del proceso judicial civil o penal [24]. Es decir que la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,

17 Tal como lo prescriben el art. 148 de la ley 3909 de Mendoza y el art. 142 de la ley 5348 de Salta. En el orden nacional, el principio contenido en el texto está prescripto en el art. 4° del Reglamento de Procedimientos Administrativos.

18 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 381.

19 Ver lo expuesto en el cap. II, tít. 4° de este tomo.

20 LNPA, art. 1°, inc. c).

21 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 129.

22 CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, 2ª ed., pág. 288, donde sostenemos que el vicio de forma tendrá carácter esencial cuando el defecto transgreda el orden público administrativo.

23 LNPA, art. 14, inc. b).

24 ESCOLA, Héctor J., *op. cit.*, pág. 133.

que prescribe el Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos [25] sólo procede a favor del administrado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación [26] ha dicho que frente al formalismo moderado [27] que caracteriza al procedimiento administrativo resulta "incongruente negar en él lo que está permitido en el ámbito de la justicia".

6. EL DEBIDO PROCESO ADJETIVO

Como emanación de la garantía de la defensa que consagra el art. 18 de la Const. Nac., se reconoce por parte de la doctrina [28], de la jurisprudencia administrativa y judicial [29] y, desde hace algunos años, por las leyes de procedimientos administrativos vigentes en el orden nacional y provincial, el principio denominado del debido proceso adjetivo [30], habiéndose reconocido ampliamente en la doctrina comparada la vigencia del mismo en el procedimiento administrativo [31].

El debido proceso adjetivo implica el reconocimiento de tres derechos fundamentales, que garantizan la defensa del administrado durante el transcurso del procedimiento, a saber:

a) derecho a ser oído;

b) derecho a ofrecer y producir pruebas;

c) derecho a una decisión fundada.

De estos derechos, nos hemos ocupado *ut supra* [32].

25 RLNPA, art. 106.

26 Caso "Fundación Universidad de Belgrano", fallado el 5-X-1978, LL, t. 1979-B, pág. 107. En dicho caso se resolvió aplicar —en forma supletoria— el art. 124 del CPCC.

27 ESCOLA, Héctor J., *op. cit.*, pág. 131.

28 ALTAMIRA, Julio I., "El derecho de defensa en sede administrativa", JA, t. III, 1967, pág. 34, sec. doctrina; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 642; ESCOLA, Héctor J., *op. cit.*, pág. 141 y sigs.; GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, pág. 36 y sigs.; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, pág. 455 y sigs.; DIEZ, Manuel M., *Manual de Derecho Administrativo*, t. II, págs. 486-488; COMADIRA, Julio R., *op. cit.*, pág. 62 y sigs.

29 *Fallos*, 71:173.

30 LNPA, con las modificaciones de la ley 21.686, art. 1°, inc. f).

31 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, pág. 524 y sigs., Madrid, 1977; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, págs. 407-409; BREWER CARÍAS, Allan R., "La carga de la prueba en el procedimiento administrativo", RADA, nro. 11, pág. 23; SERRANO GUIRADO, Enrique, "El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo", RAP, nro. 4, pág. 129 y sigs.; RONDON DE SANSO, Hildegard, *op. cit.*, pág. 83; FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, *op. cit.*, págs. 35-39.

32 Nos remitimos a lo expuesto en el cap. I, tít. 4°, punto 6°, ap. B) de este tomo.

El derecho a ser oído comprende, a su vez, varios poderes jurídicos, como el de exponer las razones de las pretenciones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a los derechos subjetivos o intereses legítimos del administrado; el de interponer recursos, reclamaciones y denuncias; el de hacerse patrocinar y representar por profesionales de la abogacía; el de solicitar vista de las actuaciones [33]; y el de presentar alegatos y descargos [34].

La facultad de ofrecer y producir prueba, si bien se rige por la regla de la pertinencia [35] y está limitada por el plazo que fija la Administración atendiendo a la complejidad del asunto y la índole de la que deba producirse, debe ser ampliamente reconocida como principio general del procedimiento administrativo [36]. Este derecho lleva ínsita la facultad del administrado de controlar las pruebas producidas [37], tanto las que ha ofrecido él mismo como las que produzca la Administración en forma instructoria, por aplicación del principio de la oficialidad.

El debido proceso adjetivo se integra, finalmente, con el derecho a una decisión fundada [38], el que permite al administrado exigir que la decisión (de mero trámite o definitiva) haga mérito de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en la medida en que fueran conducentes a la solución del caso [39]. Este principio, concebido con mayor amplitud se vincula con el derecho a una tutela judicial efectiva [40] y requiere que la notificación sea autosuficiente, no bastando una revisión genérica a la causa del acto que, muchas veces, el particular desconoce por no haber tenido acceso pleno al expediente administrativo.

33 El derecho a la vista en las actuaciones no está enunciado expresamente en el art. 1°, inc. f) de la LNPA, pero evidentemente es presupuesto del derecho a ser oído y lo integra. Está reconocido en el art. 38 del RLNPA y rige durante todo el trámite del procedimiento.

34 Este derecho está incluido en el art. 1°, inc. f), ap. 2° de la LNPA, pero sustancialmente corresponde al derecho a ser oído.

35 LNPA, modificada por la ley 21.686, art. 1°, inc. f), ap. 2°.

36 ESCOLA, Héctor Jorge, *op. cit.*, págs. 146-147.

37 LNPA, con las modificaciones de la ley 21.686, art. 1°, inc. f), ap. 3°.

38 Véase BIELSA, Rafael, "Necesidad de motivar jurídicamente los actos del poder administrados en el sistema político de la Constitución", en *Estudios de Derecho Público*, t. III, pág. 551 y sigs., Buenos Aires, 1952.

39 LNPA, con las modificaciones de la ley 21.686, art. 1°, inc. f), ap. 3°.

40 Su fundamento se encuentra en el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica, aplicable en virtud de lo prescripto en el art. 75, inc. 22 de la Const. Nac.; sobre el punto ampliar en CANOSA, Armando N., "Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa", ED, t. 166, pág. 988.

7. EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA Y SUS COMPLEMENTOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El obrar administrativo requiere de una buena dosis de eficacia para cumplir los fines de interés público que debe alcanzar con su actuación. Tal fuerza de acción se ha transformado —por imperio de la propia naturaleza de la función administrativa— en un principio rector del procedimiento administrativo.

El principio de la eficacia, reconocido en el orden nacional [41], se integra con otros principios que lo complementan, tales como el de celeridad, sencillez y economía en los trámites administrativos que hacen también a la eficiencia de la actuación administrativa.

En la Exposición de Motivos de la Ley Española de Procedimiento Administrativo —que es fuente de nuestra ley nacional— se lo destaca especialmente, señalando que "las aludidas directrices no se conciben como simples enunciados programáticos, sino como verdaderas normas jurídicas al habilitar a la Administración de una vez para siempre para adoptar cuantas medidas repercutan en la economía, celeridad y eficacia de los servicios" [42].

La afirmación del principio de eficacia y de sus complementos (celeridad, economía, sencillez) se traduce en el ordenamiento positivo nacional en una serie de facultades y deberes de los órganos superiores y, en general, de los demás órganos administrativos. Entre las facultades expresamente contempladas, aparte de las que fluyen normalmente de la jerarquía (avocación, emitir órdenes, circulares e instrucciones, etc.) se prevé la facultad genérica de delegar atribuciones y de intervenir los respectivos órganos por parte de los ministros, secretarios de la Presidencia de la Nación y órganos directivos de los entes descentralizados [43] y de disponer en cualquier momento, la comparecencia de las partes interesadas, sus representantes legales o apoderados, para requerir las explicaciones que se estimen necesarias y aun para reducir las discrepancias que pudieran existir sobre cuestiones de hecho o de derecho [44].

Respecto de los deberes, y es ésta la consecuencia más trascendente para los derechos del administrado —siempre que ello vaya

41 LNPA, art. 1°, inc. b); RLNPA, art. 2°.

42 Ley de Procedimiento Administrativo del 17 de julio de 1958, modificada por la del 2 de diciembre de 1963, *Exposición de Motivos*, cap. III, ap. 3°.

43 RLNPA, art. 2°; véase DOCOBO, Jorge J., "Delegación de los Ministros y Secretarios de Estado", JA, diario de fecha 30-VI-1975.

44 RLNPA, art. 5°, inc. e).

acompañado de la debida protección en la práctica y realidad jurisprudencial— el RLNPA prescribe que el órgano administrativo debe:

a) tramitar los expedientes según su orden y decidirlos a medida que vayan quedando en estado de resolver; la alteración del orden de tramitación y decisión sólo puede disponerse mediante decisión fundada;
b) proveer en una sola Resolución todos los trámites que, por su naturaleza, admitan su impulsión simultánea;
c) concentrar en un mismo acto o audiencia todas las diligencias y medidas de prueba pertinentes;
d) señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos de que adolezca, ordenando que se subsanen, de oficio o por el interesado;
e) disponer las diligencias necesarias para evitar nulidades [45].

Por otro lado, y con el objeto de que este principio no resulte meramente teórico, el dec. 1883/91 dispuso la creación en el ámbito de cada Ministerio de una Secretaría General, la cual tendrá como responsabilidad primaria la de controlar todo lo concerniente a las normas sobre procedimiento administrativo, inclusive con relación a sus plazos y su eficacia [46].

8. LA GRATUIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Uno de los rasgos característicos del procedimiento administrativo que un sector de la doctrina eleva a la categoría de principio [47] es el de la gratuidad.

Si bien existen antecedentes en los antiguos Reglamentos ministeriales de Procedimiento Administrativo de España [48] que solían prescribir el carácter gratuito del procedimiento, ni la ley actual de ese país ni la nuestra vigente en el orden nacional lo hacen.

Sin embargo, ello no es óbice para que constituya uno de los principios fundamentales que informan el sistema general del procedimiento administrativo. Hay para ello varias razones. En efecto, si se analiza el fundamento de la gratuidad la misma constituye una necesidad si se quiere la participación y el control, sin obstáculos económicos, por parte de los administrados. Es evidente que existe un

45 RLNPA, art. 5°, incs. a), b) y d).
46 Art. 9° del dec. 1883/91.
47 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 389.
48 GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *El procedimiento administrativo español en la doctrina científica*, pág. 84, Madrid, 1972.

verdadero interés público en que los administrados accedan libremente al procedimiento administrativo en tanto la Administración debe tutelar los intereses de la comunidad en general, los de las entidades menores y los derechos individuales. Nadie en mejor posición que el administrado para señalar a la Administración sus obligaciones y deberes, para agraviarse cuando se lesiona el bien común [49] y el bien individual que es compatible con aquél.

Por lo demás, la regla de todo procedimiento estatal es la gratuidad, salvo que una norma expresa imponga el criterio contrario.

El principio de gratuidad se afecta —en algunas ocasiones— cuando se imponen tasas al administrado para la realización de ciertos trámites administrativos que no implican una prestación técnica de un servicio público y que suelen imponerse muchas veces como un medio de formar un fondo especial para que ciertos organismos queden al margen de las directivas presupuestarias generales. En general, el órgano administrativo que propicia la imposición de tales tasas o contribuciones es el mismo que tendrá a su cargo la administración del fondo especial, con lo cual la ley de Parkinson se cumple una vez más, el órgano crece en personal y se agranda en el aspecto presupuestario. Toda esta tendencia conduce inevitablemente al crecimiento administrativo y es notoriamente contraria al bien común.

49 COMADIRA, Julio R., "Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo", *Boletín del Instituto de Derecho Administrativo Profesor Rafael Bielsa*, nro. 5, págs. 59-60, quien sostiene que el administrado debe ser considerado como colaborador de la Administración Pública en la gestión del bien común.

CAPÍTULO III

LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

1. Quiénes pueden ser "parte" en el procedimiento administrativo. Capacidad y legitimación.
2. Algunos supuestos de sujetos con capacidad para ser parte en el procedimiento administrativo.
   A) Los menores adultos.
   B) Sordomudos y dementes.
3. La situación de las personas públicas estatales en el procedimiento administrativo.
4. Continuación: Los órganos sin personalidad jurídica.
5. Intervención de "terceros" en el procedimiento administrativo.
6. Representación de las partes.
7. Cómo cesa la representación.
8. La exigencia de actuar con patrocinio letrado.

CAPÍTULO III

LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. QUIÉNES PUEDEN SER "PARTE" EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN

Toda persona física o jurídica, de carácter público o privado tiene, en principio, aptitud genérica para intervenir en el procedimiento administrativo, en cualquiera de los tipos clasificatorios, como titulares de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y aun, en ciertos casos, de un interés simple.

Cuando una persona tuviere una capacidad de actuar y obrar reconocida por el ordenamiento, dispone, correlativamente, del derecho procesal genérico a ser admitido como parte en el procedimiento [1]. Las reglas que rigen la capacidad de las personas pertenecen al Código Civil, sin perjuicio de su extensión, en algunos supuestos, por regulaciones locales de Derecho Administrativo.

Pero para ser "parte" en el procedimiento administrativo es menester reunir, además, una aptitud especial que se denomina "legitimación". Esa aptitud para ser "parte" en un procedimiento concreto, que no prejuzga sobre el resultado final de la controversia o planteo administrativo, se encuentra representada por la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, como regla general [2].

1 Comparar REVIDATTI, Gustavo A., "Las partes en el procedimiento administrativo", en *Acto y Procedimiento Administrativo*, pág. 99, Buenos Aires, Astrea, 1975.

2 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los Recursos Administrativos y Económicos Administrativos*, pág. 129 y sigs., Madrid, 1975. Esta "legitimación" implica una relación del sujeto con lo que constituye el objeto del procedimiento, una especial posición del sujeto respecto del acto que va a dictarse en el mismo (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, pág. 160, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2002).

El interés simple, en cambio, sólo excepcionalmente otorga legitimación a quienes lo invoquen para intervenir como "partes" en el procedimiento administrativo.

Si bien el concepto de "parte" ha sido muy controvertido en el ámbito del Derecho Procesal [3] puede circunscribirse el mismo a las personas físicas o jurídicas que con capacidad y legitimación intervienen o participan en el procedimiento administrativo, con derecho a provocar la actuación de los órganos administrativos competentes y a obtener, si tal fuere el caso, la decisión requerida de la Administración.

La doctrina suele distinguir entre administrado e interesado, considerando que la primera figura es genérica mientras que el interesado —parte en el procedimiento— ostenta una situación más concreta [4]. En tal sentido el interesado sería un administrado cualificado por su legitimación y capacidad para ser parte en el procedimiento administrativo.

2. ALGUNOS SUPUESTOS DE SUJETO CON CAPACIDAD PARA SER PARTE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: A) LOS MENORES ADULTOS; B) SORDOMUDOS Y DEMENTES

A) Los menores adultos

La aptitud de los menores adultos para ser parte en el procedimiento administrativo tiene antecedentes arraigados en la legislación nacional y en la doctrina de nuestro país [5], hallando su pleno reconocimiento en el Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos [6].

En el orden provincial, no todas las legislaciones han regulado con plenitud la actuación de los menores adultos [7] no obstante lo cual

[3] ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, pág. 151 y sigs.

[4] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El Administrado*, pág. 151, Madrid, 1966, y *Manual...*, cit., pág. 153; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 486 y sigs., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.

[5] GORDILLO, Agustín A., *Procedimientos y Recursos Administrativos*, pág. 124 y sigs., Buenos Aires, Macchi, 1971.

[6] El art. 3°, 2ª parte, del RLNPA, prescribe: "Los menores adultos tendrán plena capacidad para intervenir directamente en procedimientos administrativos como parte interesada en la defensa de sus propios derechos subjetivos o intereses legítimos".

[7] Tal como ocurre con la ley 5348/78 de la provincia de Salta, cuyo art. 115 es similar al nacional.

entendemos que, a falta de regulación expresa, se aplican, por analogía, los principios que emergen de la legislación administrativa nacional, en virtud a que la capacidad de los menores adultos para intervenir en el procedimiento ante la Administración Pública es una materia que no pertenece al Derecho Civil sino al Derecho Administrativo que, por principio, es de naturaleza local.

B) Sordomudos y dementes

La situación de los sordomudos se encuentra regulada en el art. 153 del Código Civil, norma que admite la plena capacidad civil del sordomudo que se da a entender por escrito. Pero la incapacidad administrativa del sordomudo no se regula por el Código Civil sino que también es materia del Derecho Administrativo, que en este sentido no se ha ocupado de regularla. No obstante, pensamos que el sordomudo posee aptitud para ser parte por sí en el procedimiento administrativo en tanto pueda actuar con intérprete reconocido o habilitado por la Administración Pública. De lo contrario debe actuar siempre mediante representante.

En el caso de los dementes declarados tales por los jueces, su incapacidad administrativa debe presumirse, aun cuando ella no surja expresamente del auto judicial que hubiera reconocido, conforme al art. 141 del Cód. Civ., que alguien carece de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes [8].

3. LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS PÚBLICAS ESTATALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En principio, las personas públicas estatales que actúan en una misma esfera de gobierno (v.gr., gobierno federal o nacional) no pueden utilizar el procedimiento administrativo de carácter recursivo para impugnar los actos del Poder Ejecutivo u órganos inferiores como otros actos provenientes de distintas entidades públicas estatales [9].

Su aceptación conspiraría contra el principio de unidad de acción que debe regir en el conjunto de la actividad administrativa.

Ello no significa que carezcan de aptitud para efectuar peticiones, requerimientos o intimaciones ante el propio Estado nacional o

[8] En contra GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV-I, págs. I-18, Buenos Aires, Macchi, 1980.

[9] Cfr. art. 74 del RLNPA, aprobado por dec. 1759/72.

las demás personas públicas estatales que constituyen la llamada Administración indirecta.

El modo propio en que deben plantearse las diferentes impugnaciones o reclamaciones es la llamada "controversia inter-administrativa", figura autónoma y específica regulada por ley, en el orden nacional [10].

Las personas públicas estatales pueden ser parte en el procedimiento administrativo no recursivo, lo cual ha sido reconocido por el ordenamiento nacional vigente, en la norma que dispone que "el trámite administrativo podrá iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona física o jurídica, pública o privada..." [11].

4. CONTINUACIÓN: LOS ÓRGANOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

Por lo general, la doctrina del Derecho Administrativo omite la consideración del procedimiento inter-orgánico como resultado de la función y fines que históricamente ha representado el procedimiento administrativo, el cual, desde el punto de vista jurídico, se analiza, primordialmente, como garantía del administrado, desplazando el estudio de las cuestiones inherentes a la eficacia del obrar administrativo.

Pero con todo, evidentemente, la llamada actividad interna de la Administración genera relaciones que, si bien no son jurídicas respecto del ordenamiento general y externo del Estado, tienen sin embargo "juridicidad" con relación al ordenamiento interno [12].

Si bien los órganos poseen aptitud genérica para intervenir en el procedimiento administrativo mediante notas o presentaciones ante el superior u otro órgano vinculado a la jerarquía, ellos carecen de toda potestad, en principio, para interponer recursos administrativos, aun cuando puedan requerir la realización del control de legitimidad por parte del superior jerárquico del órgano que ha emitido

[10] Ley 19.983. La especificidad de su régimen lleva a sostener que no habría plazos para la articulación de controversias o reclamos inter-administrativos, además de otras importantes instituciones del procedimiento administrativo, que carecen de sentido tratándose de cuestiones entre personas estatales que no deben resolverse por la vía recursiva (cfr. PEARSON, Marcelo M., *Manual de Procedimiento Administrativo*, pág. 50, Buenos Aires, 1976).

[11] RLNPA, art. 3°. También en las leyes de Tucumán (art. 9°, ley 4537), Mendoza (art. 117, ley 3909), La Pampa (art. 5°, ley 951), etc.

[12] SILVESTRI, Enzo, *L'Attività Interna della Pubblica Amministrazione*, pág. 15 y sigs., Milán, 1950; SANDULLI, Aldo M., *Il Procedimento Amministrativo*, págs. 107-109, Milán, 1964 (ristampa de la edición de 1959).

un acto inválido. Pero ello no debe regirse por las reglas de los recursos administrativos ni por los principios generales del procedimiento administrativo, que han sido establecidos en garantía del administrado y no de los órganos administrativos. El derecho positivo nacional así lo estatuye expresamente [13].

La impugnación de los actos de otro órgano se admite por excepción:

a) en los conflictos de competencia en defensa de las atribuciones del órgano que se considera afectado por la actuación de otro que invade su competencia (arts. 4° y 5° de la ley 19.549);
b) en los actos de control, cuando el mismo es llevado a cabo por órganos ajenos a la relación jerárquica (v.gr., Tribunal de Cuentas de la Nación) [14].

5. INTERVENCIÓN DE "TERCEROS" EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El concepto de "tercero" en el procedimiento administrativo comprende a todos aquellos que teniendo legitimación para ser tenidos por parte en el procedimiento administrativo no intervienen ni participan en el mismo en tal carácter.

Como la participación de los "terceros" en el procedimiento no constituye una decisión discrecional de la Administración, ésta no sólo está obligada a reconocerles intervención en un recurso promovido por otro administrado sino que tiene, inclusive, el deber de revocar por ilegitimidad los actos dictados sin la participación del "tercero interesado", a efectos de mantener la igualdad entre quienes intervienen en el procedimiento [15].

Por principio, la intervención del tercero no hace retroceder al procedimiento, salvo que la autoridad administrativa así lo declare [16].

13 RLNPA, cuyo art. 74 prescribe que "los organismos administrativos subordinados por relación jerárquica no podrán recurrir los actos del superior".

14 Cfr. CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, 2ª ed., pág. 115, Buenos Aires, 1974. La distinta solución que propiciamos respecto de las personas públicas estatales se justifica en mérito a que ellas tienen un régimen de procedimiento especial para resolver las controversias administrativas que rige por extensión a todos los conflictos de esa índole, aun cuando no fueran "reclamaciones pecuniarias".

15 Cfr. GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, págs. 1-32.

16 Es la solución que acoge la ley 5350 de Córdoba en su art. 21 que prescribe: "La citación o presentación espontánea del tercero interesado no retrocederá el curso del procedimiento, salvo que la autoridad administrativa así lo disponga".

6. REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

Todo administrado con capacidad para ser parte en el procedimiento administrativo posee la facultad de hacerse representar ante la Administración Pública; se trata, obviamente, de un derecho que el administrado puede o no usar [17] respecto de la totalidad de las situaciones o relaciones jurídicas administrativas. En este ámbito no hay, pues, ningún acto, por más "personalísimo" que fuere, que no pueda ser celebrado mediante representación [18].

Por principio general, cualquier persona física o jurídica puede actuar como representante del administrado en las actuaciones que se practiquen ante la Administración Pública. En el orden nacional, sin embargo, el principio pareciera ser el inverso, ya que el art. 1°, inc. f), ap. 1° de la LNPA dispone que "cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del derecho, el patrocinio letrado será obligatorio cuando se planteen o debatan cuestiones jurídicas". Sin embargo, la amplitud con que está concebido el Título IV del RLNPA (arts. 31 a 37 inclusive) permite sustentar la admisión como representantes de quienes no son profesionales del Derecho.

La representación se lleva a cabo a través de distintos modos o formas. Ella puede acreditarse con:

a) el testimonio de poder general o especial otorgado por instrumento público;
b) copia simple íntegra firmada por apoderado o letrado [19];
c) carta-poder con firma autenticada por autoridad policial [20] o judicial o por escribano público [21];
d) carta-poder cuya firma aparezca autenticada por un Banco [22];
e) poder otorgado por acta ante la autoridad administrativa [23].

17 ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimientos Administrativos*, pág. 175, Buenos Aires, Depalma, 1973.

18 Cfr. ESCOLA, Héctor J., *op. cit.*, pág. 175.

19 Art. 32 del Reglamento aprobado por dec. 1759/72, norma que prescribe también la posibilidad de acreditar la representación con copia simple firmada por letrado o apoderado cuando se invoque un contrato de sociedad civil o comercial otorgado en instrumento público.

20 Leyes de Buenos Aires (art. 14), de Salta (art. 116), de Tucumán (art. 11) y de Mendoza (art. 120). En la doctrina provincial también se ha negado la procedencia de la autenticación por autoridad policial (SARMIENTO GARCÍA - PETRA RECABARREN, *Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza*, pág. 180, Mendoza, 1973). Art. 32 del RLNPA.

21 Art. 32 del RLNPA.

22 Esta forma de acreditar la representación, si bien no está prescripta en el Reglamento —como lo puntualiza Docobo— ("La actuación administrativa", JA, t. 1975, sec. doctrina, pág. 526) se admite en la práctica administrativa argentina.

23 Art. 33 del Reglamento aprobado por dec. 1759/72 que prescribe: "El mandato tam-

Cuando se faculte al representante a percibir sumas mayores al equivalente de diez salarios mínimos, el art. 33 del RLNPA dispone que "se requerirá poder otorgado ante escribano público".

Se acepta que, en casos de urgencia, puede admitirse la invocación por el gestor del art. 48 del CPCCN [24], norma que admite la comparecencia sin los instrumentos que acreditan la personería, a condición de que fueran éstos presentados o sea ratificada la gestión en el término de sesenta días.

7. CÓMO CESA LA REPRESENTACIÓN

El art. 34 del RLNPA prevé que la representación cesa en los casos siguientes:

a) por revocación del poder, aclarando que la intervención del interesado en el procedimiento no importará revocar el mandato si al presentarse no lo declara expresamente;
b) por renuncia, después de vencido el término del emplazamiento al poderdante o de la comparecencia del mismo en el expediente;
c) por muerte o inhabilidad del mandatario;
d) por muerte o incapacidad del poderdante.

En el último caso, la ocurrencia de las situaciones descriptas en la norma suspende el procedimiento hasta que los herederos o representantes legales intervengan en el expediente, salvo aquellos trámites que deban impulsarse de oficio y que, en general, son deberes y obligaciones legales a cargo de la Administración. La norma también permite que, entretanto, el apoderado pueda formular aquellas peticiones indispensables que no admitan demora, a fin de evitar perjuicios al causante [25].

8. LA EXIGENCIA DE ACTUAR CON PATROCINIO LETRADO

En el orden nacional, el patrocinio letrado en el procedimiento administrativo es ante todo una potestad del administrado quien po-

---

bién podrá otorgarse por acta ante la autoridad administrativa, la que contendrá una simple relación de la identidad y domicilio del compareciente, designación de la persona del mandatario, mención de la facultad de percibir sumas de dinero u otra especial que se le confiere".

24 Cfr. DOCOBO, Jorge J., "La actuación administrativa", JA, t. 1975, sec. doctrina, pág. 519 y sigs.

25 Art. 34, *in fine*, del RLNPA.

see, en cada caso concreto, el derecho a ejercitarla, como una emanación de la garantía constitucional del debido proceso que reglamenta la LNPA [26].

Pero en algunas circunstancias resulta también justificado que la ley imponga la exigencia de actuar con patrocinio letrado con una doble finalidad: en protección del administrado y para evitar planteos jurídicos improcedentes o absurdos que recarguen innecesariamente la actividad de la Administración Pública [27].

Tal es lo que acontece cuando el administrado hubiera hecho uso del derecho de actuar mediante representante que no sea profesional del Derecho, siempre que se debatan o planteen cuestiones jurídicas [28]. Ello no significa desde luego que cualquier intervención del representante que no fuere técnico de Derecho deba efectuarse con patrocinio letrado pero lleva a exigir ese requisito cuando se interpusiera un recurso o se presentare una petición o denuncia donde el planteo y el debate asumen una cierta complejidad jurídica, ajena a la rutina o práctica administrativa.

Similar solución legislativa se ha seguido en España, donde el art. 41 del Reglamento de procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas considera preceptiva la intervención del abogado en el procedimiento de esa clase [29].

Si no obstante el deber de hacerlo, el escrito se presentare sin la firma de letrado, entendemos que la Administración no puede declarar inadmisible el trámite sin brindar al administrado la posibilidad de corregir la anomalía [30].

Por su parte, en la jurisprudencia se ha resuelto que no es exigible el patrocinio letrado en una nota presentada por el propio agente donde consiente una decisión administrativa que lo perjudica, ya que ello no afecta la garantía de la defensa [31].

26 Art. 1°, inc. f), ap. 1°, de la LNPA. Véase CREO BAY, Horacio D., "El abogado en el procedimiento administrativo", JA, t. 1977-II, pág. 749.

27 Cfr. ESCOLA, Héctor J., *op. cit.*, pág. 177. Este autor puntualiza que la participación de los abogados en el procedimiento constituye un aporte valioso por el conocimiento específico que poseen y el celo profesional que ponen en la defensa de los intereses que les son confiados. En contra de la exigencia general del patrocinio letrado: GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, t. IV.1, págs. 1-53.

28 Art. 1°, inc. f), ap. 1°, de la LNPA.

29 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los Recursos Administrativos y Económicos-Administrativos*, pág. 331, Madrid, 1975. La norma exige también el patrocinio letrado cuando se solicita vista pública, aun cuando el interesado actúe por sí.

30 Es la solución del Reglamento español citado (art. 54).

31 CNac. Apel. Fed. Cont. Adm., Sala III, en el caso "Prato, Jorge René v. Estado Nacional s/ nulidad de resolución", resuelto el 5-IX-1986, publicado en la RAP, nro. 107, pág. 129.

CAPÍTULO IV

LOS PLAZOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

1. Ambivalencia de significados, concepto y finalidad de los plazos en el procedimiento administrativo.
2. Obligatoriedad de los plazos.
3. Naturaleza e irretroactividad de los plazos.
4. Su cómputo. El llamado "plazo de gracia".
5. Prórroga o ampliación de los plazos.
6. Interrupción o suspensión de los plazos y caducidad de los procedimientos.

CAPÍTULO IV

LOS PLAZOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. AMBIVALENCIA DE SIGNIFICADOS, CONCEPTO Y FINALIDAD DE LOS PLAZOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En el procedimiento administrativo es indudable la importancia que tiene el tiempo como hecho natural [1], generador y extintivo de situaciones jurídicas, en cuanto constituye la base para determinar el cómputo de los plazos que obligatoriamente deben observar el administrado y la Administración en las distintas fases o etapas procedimentales.

El análisis doctrinario demuestra la proliferación de distintos significados sobre el concepto de plazo que algunos autores asimilan al término [2] y otros distinguen, por considerar al "término" como el instante concreto y determinado en que el acto ha de llevarse a cabo, mientras entienden por "plazo" al lapso o período de tiempo durante el cual el acto se realiza [3]. Dado que el uso indistinto de ambos conceptos constituye una realidad innegable, nos inclinamos por la doctrina que asimila "término" y "plazo" [4].

En Derecho Privado, si bien suele concebirse al plazo principalmente como una modalidad de los actos jurídicos por la cual se posterga

1 ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 212 y sigs., 8ª ed., Milán, 1959.

2 ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, pág. 206, Buenos Aires, Depalma, 1973.

3 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, pág. 286, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2002; LÓPEZ NIETO Y MALLO, Francisco, *El Procedimiento Administrativo*, pág. 222, Barcelona, 1960.

4 Cfr. ESCOLA, Héctor J., *op. cit.*, pág. 206.

el ejercicio de los derechos a que el acto se refiere, se admite —en forma extensiva— que el "plazo" sea también el lapso que media entre la celebración del acto y la producción de un hecho futuro y necesario al cual se subordina el ejercicio o la eliminación de un derecho [5].

A su vez, en la disciplina del Derecho Administrativo hay quienes asimilan "plazo" y "término", según que el mismo se refiera: a) a la modalidad de los actos jurídicos por la cual se posterga el ejercicio de un derecho referido en el acto; b) al lapso que media entre la celebración del acto y un hecho futuro; c) al plazo inicial y d) al plazo final [6].

En el procedimiento administrativo el plazo o término alude esencialmente al lapso en el cual deben cumplimentarse las distintas etapas o fases del procedimiento, incluyendo dentro de este concepto el plazo para impugnar en sede administrativa los diversos actos a través de los recursos que instituye el derecho objetivo.

Su finalidad no es la misma que en el Derecho Procesal, donde el plazo tiende a concretar la preclusión de las diferentes fases del proceso [7]. Esto es así, no sólo por los principios de colaboración y verdad objetiva que nutren al procedimiento administrativo [8], sino también en mérito a otros principios también fundamentales como son el informalismo y la eficacia, los cuales trasuntan un menor rigorismo en comparación con el Derecho Procesal. Contribuye, asimismo, a esa diferencia la propia finalidad de la función administrativa que se lleva a cabo a través del procedimiento que, al perseguir la satisfacción del interés general o bien común de un modo inmediato, contiene una télesis de rango superior que la controversia judicial, la cual resuelve eminentemente una situación de conflicto o controversia. Esto no significa que la controversia o el conflicto no se den en sede administrativa, sino que, en su solución, mientras el administrado aparece como un colaborador de la función administrativa, la Administración Pública no debe actuar como oponente en el proceso sino como gestora del bien común.

5 LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil*, "Parte General", t. II, pág. 371, Buenos Aires, Perrot, 1975.

6 ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, pág. 315, Milán, 1958.

7 Cfr. ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. I, págs. 762-763.

8 FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, 2ª ed., t. II, pág. 520, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.

2. OBLIGATORIEDAD DE LOS PLAZOS

La LNPA estatuye el principio de la obligatoriedad de los plazos, respecto de los administrados y de la Administración Pública (art. 1°, inc. e], ap. 1°, LNPA).

La obligatoriedad significa el deber de cumplir los plazos del procedimiento e implica la consiguiente facultad para exigir su cumplimiento en sede administrativa o judicial. No ha de confundirse con la "perentoriedad" la cual supone la caducidad o decaimiento del derecho que ha dejado de utilizarse ni tampoco con la llamada improrrogabilidad, que se refiere a la imposibilidad de extender o ampliar los plazos fijados.

Como se ha apuntado, respecto al proceso judicial, la improrrogabilidad restringe la potestad del magistrado para ampliar los términos mientras que la perentoriedad constituye "una sanción a la inactividad de los litigantes" [9]. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte ha sostenido que la perentoriedad torna innecesario que las partes soliciten a los jueces que declaren la caducidad, produciéndose este efecto por el mero transcurso del plazo [10].

En el sistema de la LNPA, la obligatoriedad de los plazos configura, en definitiva, un rigorismo procesal atenuado por los caracteres propios del sistema, a saber:

a) el principio de la prorrogabilidad o ampliación de los plazos estatuido en el art. 1°, inc. e), ap. 5° de LNPA;
b) el hecho que los plazos no revistan, en principio, carácter perentorio o fatal. El único caso que excepciona esta regla es el referido a la interposición de los recursos administrativos (art. 1°, inc. e], ap. 6°) [11];

9 Sostiene Lascano que mientras la improrrogabilidad procura evitar que se dilaten los plazos, la perentoriedad busca impedir la obstrucción del proceso. Pero ambas tienen vida independiente (cfr. LASCANO, David, "Improrrogabilidad y perentoriedad de términos judiciales", LL, t. 19, pág. 132).

10 LL, t. 102, pág. 704, *in re* "Empresa Nacional de Telecomunicaciones v. Provincia de Santa Cruz".

11 Señala Fiorini que esa perentoriedad se debilita frente a lo dispuesto en el art. 76 del Reglamento aprobado por dec. 1759/72 que autoriza a suspender el plazo para concurrir si el interesado solicita tomar vista de las actuaciones durante el tiempo que se le conceda para recurrir (cfr. FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, t. II, pág. 518). En nuestro concepto, la suspensión del plazo para recurrir no afecta la perentoriedad sino la improrrogabilidad por cuya causa no nos parece acertada la crítica de Fiorini pues pese a que adhiere a la opinión de Lascano confunde aquí ambas instituciones.

c) el derecho que poseen los interesados para ampliar o mejorar los fundamentos de los recursos interpuestos (art. 77, 2ª parte del RLNPA) en cualquier momento, antes de la resolución.

3. NATURALEZA E IRRETROACTIVIDAD DE LOS PLAZOS

Uno de los caracteres esenciales del plazo radica en que, por su naturaleza, el mismo consiste en un hecho futuro [12]. De allí deriva precisamente el principio de la irretroactividad del término o plazo, establecido de un modo implícito en la LNPA al prescribir que los plazos relativos a los actos administrativos (de alcance singular) se computan a partir del día siguiente de la notificación [13].

En la doctrina italiana se ha sostenido que teniendo el "término" o "plazo" carácter futuro sólo excepcionalmente puede atribuirse retroactividad (disponiendo que los efectos se produzcan antes de su emanación o notificación) y ello a condición de que exista una norma legal expresa [14].

Esa es también la opinión de la doctrina nacional que se ha ocupado del tema [15]. En tal sentido, Marienhoff sostiene que el plazo siempre actúa *ex nunc* es decir, sin eficacia retroactiva para el futuro.

4. SU CÓMPUTO. EL LLAMADO "PLAZO DE GRACIA"

Con anterioridad a la sanción de la Ley de Procedimientos Administrativos se aplicaba, en materia de cómputo de los días, la regla establecida en el Código Civil, según la cual ellos se cuentan por días corridos [16], si bien existían algunas disposiciones específicas en materia recursiva que sentaban el principio del cómputo sobre la base de los días hábiles administrativos [17].

Tal situación ha variado desde la sanción de la ley 19.549 que en el art. 1°, inc. e), ap. 2°, prescribió que los plazos se deben contar "por días hábiles administrativos salvo disposición legal en contrario o habilitación resuelta de oficio o a petición de partes", disposición plenamente válida desde que se funda en la naturaleza esencialmente

12 Cfr. LLAMBÍAS, Jorge J., *op. cit.*, t. II, pág. 372.

13 Art. 1°, inc. e), ap. 3°, LNPA.

14 LUCIFREDI, Roberto, *L'Atto Amministrativo nei suoi Elementi Accidentali*, pág. 149, Milán, 1963 y doctrina que cita en la nota 31.

15 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 352.

16 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 208.

17 Dec. 19.041/51.

local o federal de las normas de Derecho Administrativo que, en principio, no integran la legislación común.

Pero, ¿qué ocurre si los plazos están referidos a meses, semanas o años? En tal caso, se deberá tomar en cuenta el tiempo natural de los mismos aplicando el criterio que estatuye el Código Civil (art. 25) [18]. Esto es así por cuanto la aplicación analógica del Código Civil en esta materia, si bien sustituye la interpretación fundada en lo estatuido en el art. 28 del Cód. Civ. (los plazos se computan por días corridos), se mantiene respecto de las restantes normas del primero de los títulos preliminares del Código Civil.

Como se ha dicho, el comienzo del cómputo se realiza a partir del día siguiente al de la notificación cuando se trata de actos administrativos (cuyo alcance es singular o particular) mientras que tratándose de reglamentos (cuyo alcance es siempre general) rige el principio prescripto en el art. 2° del Cód. Civ. [19] y, en consecuencia, si el reglamento no fija el tiempo en que comienza su vigencia (en principio después de su publicación), el mismo resulta obligatorio después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial.

El vencimiento de los plazos se opera cuando finaliza el último día hábil del término fijado en cada etapa del procedimiento.

Al respecto, la doctrina había admitido (por aplicación del art. 27 del Cód. Civ.) que el administrado hiciera presentaciones hasta las 24 horas del día en que finalizaba el plazo, aun luego del cierre de las oficinas administrativas, para lo cual se postulaba la necesidad de que un escribano público diera fe de la fecha y hora en que fue presentado el escrito [20].

Tiempo después Fiorini advirtió que era posible —por aplicación analógica del art. 124 del CPCCN [21]— admitir la presentación de escritos en sede administrativa en las dos primeras horas del día siguiente al del vencimiento del plazo.

Esa interpretación fue adoptada por un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Fundación Universidad Belgrano", donde se sostuvo que frente al formalismo moderado resultaba incongruente negar en él lo que está permitido en el ámbito de la justicia [22].

18 Cfr. ESCOLA, Héctor J., *op. cit.*, pág. 208; FIORINI, Bartolomé, *op. cit.*, t. II, pág. 522.

19 LNPA, art. 1°, inc. e), ap. 3°.

20 ESCOLA, Héctor Jorge, *op. cit.*, pág. 208.

21 Dado lo dispuesto en el art. 106 del RLNPA.

22 ED, diario de fecha 1-XII-1978, pág. 2, considerando 8°. Al comentar este fallo, Bidart Campos, dice que el mismo "parece albergar implícitamente el principio liminar del

La aplicación del art. 124 del CPCCN se llevó a cabo, en el caso, por vía supletoria [23] y no analógica, en razón de tratarse de la aplicación directa y completa de una norma que es compatible con el sistema, cuya incorporación dispuso el legislador. Si la norma fuera incompatible con el sistema tal como acontece con la mayor parte de las normas del Código Civil la aplicación tendría que llevarse a cabo por el procedimiento de la analogía [24] lo cual implica la creación de una nueva norma.

El criterio sustentado por la jurisprudencia de la Corte era válido no sólo respecto de los recursos contra actos administrativos que tramitaran en la justicia (aun cuando en el caso se trataba de un recurso presentado en sede administrativa), sino que era extendible —como principio general— a todo el procedimiento administrativo [25].

El dec. 1883/91 modificó el art. 25 del RLNPA admitiendo expresamente la posibilidad de presentar escritos en las dos primeras horas hábiles administrativas [26].

5. PRÓRROGA O AMPLIACIÓN DE LOS PLAZOS

Al consagrar la facultad de ampliar o prorrogar los plazos —de oficio o a petición de parte— la Ley de Procedimientos Administrativos no acoge el principio de la improrrogabilidad como regla general.

El principio es, en consecuencia, el de la prorrogabilidad de los plazos o términos, lo cual debe disponer la Administración Pública "antes del vencimiento del plazo, mediante decisión fundada y siempre que no resultaren perjudicados derechos de terceros" [27].

La norma plantea algunas cuestiones cuya dilucidación resulta necesaria para una adecuada interpretación jurídica.

---

derecho judicial de la jurisprudencia de la Corte que obliga a buscar la verdad objetiva o material sobre la verdad formal", opinión que compartimos, señalando que tal principio también constituye una pieza esencial del procedimiento administrativo.

23 Cfr. DOCOBO, Jorge J., "El plazo de gracia en el procedimiento administrativo", LL, t. 1979-B, pág. 105.

24 Véase CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, pág. 77, Buenos Aires, 1977.

25 Cfr. PEARSON, Marcelo H., "Aplicación del plazo de gracia del art. 124 del CPCCN en el procedimiento administrativo nacional", *Régimen de la Administración Pública*, nro. 7, pág. 29, Buenos Aires, 1979.

26 El art. 25 del RLNPA prescribe: "El escrito no presentado dentro del horario administrativo del día en que venciera el plazo, sólo podrá ser entregado válidamente en la oficina que corresponda, el día hábil inmediato y dentro de las dos primeras del horario de atención de la oficina"; CANOSA, Armando N., *op. cit.*, pág. 163, señala que, en caso de duda, el recurso debe tenerse como presentado en término.

27 Art. 1°, inc. e), ap. 5°, ley 19.549.

Por de pronto, consideramos que siendo potestativo de la Administración el otorgamiento o no del término ampliatorio "antes del vencimiento del plazo" nada se opone a que esa ampliación se conceda incluso en los casos en que los respectivos términos se encuentren vencidos, supuesto no prohibido por el ordenamiento jurídico administrativo ni tampoco contemplado en la norma (art. 1°, inc. e], ap. 5°, LNPA).

Un problema interpretativo se plantea una vez concedida la prórroga del plazo. ¿Desde qué momento se computa? En mi opinión el cómputo ha de realizarse a partir de la notificación del acto administrativo que ordena la ampliación.

Existen varios argumentos que permiten deducir la regla aplicable a este supuesto:

a) la naturaleza propia de todo plazo según la cual el mismo consiste en un hecho "futuro";
b) el principio de la irretroactividad de todo plazo o término, regla que sólo cede cuando el acto sustituye a otro acto revocado o favorece al administrado (cfr. art. 13, LNPA);
c) la regla estatuida en la LNPA que prescribe que los plazos se computan a partir de la notificación [28].

6. Interrupción o suspensión de los plazos y caducidad de los procedimientos

El ordenamiento jurídico vigente en el orden nacional consagra el efecto interruptivo de los recursos administrativos sobre los plazos del procedimiento, "aunque aquellos hubieren sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente por error excusable" [29].

Esta norma plantea una cuestión interpretativa frente a lo dispuesto en el ap. 9° del inc. e) del art. 1° de la Ley de Procedimientos Administrativos en cuanto prescribe que "las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la *suspensión* de los plazos legales o reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, los que se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de caducidad".

Por de pronto, si como lo sostiene la Corte la versión técnicamente elaborada de la norma aplicable al caso ha de establecerse mediante una sistemática razonable y discreta hermenéutica que res-

28 Art. 1°, inc. e), ap. 3°, LNPA.
29 Art. 1°, inc. e), ap. 7°, LNPA.

ponda a su espíritu, esto es, a su finalidad [30], cabe rechazar de antemano cualquier interpretación que excluya alguna de dichas disposiciones salvo, claro está, que no exista otro modo de interpretación ante su manifiesta incompatibilidad.

Tal interpretación armónica no sólo es posible sino que guarda coherencia con la finalidad que persiguen las normas.

En efecto, mientras el ap. 7° constituye una norma con un ámbito específico de aplicación referido a la interrupción de los plazos para recurrir, inclusive cuando se presentaren ante órganos incompetentes, el ap. 9° consagra el principio en materia de interrupción o suspensión de todos los plazos, no sólo en materia de recursos sino respecto a todas las actuaciones practicadas con intervención de órganos competentes [31].

Una, pues, es la norma especial que estatuye la interrupción de los plazos en los procedimientos recursivos y la otra configura la regla general en materia de suspensión de todos los plazos del procedimiento, inclusive los relativos a la prescripción.

Comparto la opinión de aquellos autores para quienes en el procedimiento administrativo nacional no existen distinciones entre interrupción y suspensión [32], tal como ocurre respecto de los plazos de prescripción legislados en el Código Civil.

Ello es así por cuanto el ap. 9° al estatuir que los plazos objeto de suspensión "se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de la caducidad", estatuye que tales plazos se inician de nuevo, sin contar el tiempo transcurrido hasta la suspensión. Eso es también lo que acontece en materia de interrupción de los plazos por haber sido interpuesto un recurso administrativo [33].

La ley prescribe, para que la Administración pueda ejercer la potestad de declarar la caducidad de los procedimientos, el transcurso de un lapso mínimo de noventa (90) días, imponiéndole al órgano administrativo la carga de notificarle al administrado, al vencimiento de los primeros sesenta (60) días, que si su inactividad se mantiene durante otros treinta (30) días más se declara de oficio la caducidad.

30 *Fallos*, 246:37.

31 Cfr. HALPERIN, David - CATTANI, Horacio R., "Procedimiento Administrativo", *Régimen de la Administración Pública*, nro. 6, pág. 13.

32 HALPERIN, David - CATTANI, Horacio R., *op. cit.*, pág. 17.

33 Cfr. HALPERIN, David - CATTANI, Horacio R., *op. cit.*, pág. 17, y *Dictámenes de la Procuración del Tesoro*, t. 132, pág. 184, cit., por estos autores.

Pero no obstante la inactividad del administrado la caducidad no opera automáticamente, pudiendo la Administración disponer la continuación de los trámites pese al transcurso de los plazos de caducidad [34].

Participo, en consecuencia, del criterio según el cual la caducidad de los procedimientos administrativos no opera de pleno derecho, en mérito a que tal efecto no armoniza con el principio del informalismo a favor del administrado [35] pues sería atribuir una consecuencia formalmente más rigurosa al vencimiento de los plazos de la ley.

34 COMADIRA, Julio Rodolfo, "Modos anormales de terminación del procedimiento administrativo", JA, t. 1976-IV, pág. 630.

35 Cfr. COMADIRA, Julio R., *op. cit.*, pág. 630.

CAPÍTULO V

ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

1. Iniciación del procedimiento administrativo.
2. Efectos. Formalidades de los escritos.
3. Instrucción del procedimiento.
4. Continuación: vista de las actuaciones administrativas.
5. Restricciones al otorgamiento de la vista.
6. Recusación de los agentes públicos que intervienen en el procedimiento.
7. Excusación de los agentes públicos.
8. Publicidad de los actos del procedimiento. Notificación y publicación.
   A) Notificación del acto administrativo. Distintos medios.
   B) Publicación de reglamentos.
9. La prueba. Diferentes medios probatorios en el procedimiento administrativo.
   A) Informes y dictámenes producidos por la Administración.
   B) Informes de entidades privadas y públicas no estatales.
   C) Prueba testimonial.
   D) Prueba confesional y documental.
   E) Prueba pericial.
10. Oportunidad de la apertura a prueba.
11. El derecho de alegar sobre la prueba producida.
12. Terminación del procedimiento administrativo.
   A) La resolución del procedimiento.
   B) Caducidad de las actuaciones.
   C) El desistimiento del procedimiento y la renuncia.

CAPÍTULO V

ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

De conformidad a lo prescripto en el art. 3° del RLNPA el procedimiento puede iniciarse de oficio o a petición de parte interesada.

La norma del reglamento no precisa los supuestos en que procede la iniciación de oficio ni aquellos en que puede iniciarse a instancia del interesado, lo cual dependerá de la situación subjetiva y circunstancias de cada caso.

Pero si bien tal es el principio general, existen determinados actos administrativos (v.gr. solicitud de reintegro de exportación) que requieren de una petición previa del administrado para acceder a la medida que le otorga un beneficio. En tales casos, la solicitud del administrado puede ser un presupuesto necesario para la iniciación del procedimiento administrativo (v.gr. autorizaciones, permisos y concesiones).

Si se trata de una mera petición o petición graciable que formula el particular, la Administración tiene el poder discrecional de resolverla o no, notificando en este último caso la recepción de la solicitud.

Distinta es la situación de quien se encuentra frente a la Administración con un título jurídico específico proveniente de una situación subjetiva concreta o frente a un deber u obligación legal. En estos supuestos, el administrado posee la potestad de poner en marcha el procedimiento y la Administración Pública tiene el deber legal de dictar resolución.

2. EFECTOS. FORMALIDADES DE LOS ESCRITOS

Iniciado el procedimiento surge el deber de la Administración Pública de impulsar de oficio las actuaciones, "lo cual no obstará a que también el interesado inste el procedimiento" [1].

Los efectos que la iniciación del procedimiento produce son de muy variada clase, repercutiendo sobre el orden de tramitación de los expedientes [2], el comienzo de los plazos para resolver los recursos (cuando no hubiere alegatos) y la suspensión de la prescripción.

El RLNPA prevé diversas formalidades para la presentación de los escritos (arts. 15 a 30 inclusive) estableciendo los recaudos que deben cumplimentarse y regulando lo atinente a la firma, al domicilio, peticiones múltiples, fecha y cargo, y a los documentos que se acompañan junto a los escritos y aquellos cuya agregación se solicite a título de prueba.

Respecto de la presentación de escritos el art. 25 prescribe que "todo escrito inicial o en el que se deduzca un recurso deberá presentarse en Mesa de Entradas o Receptoría del organismo competente o podrá remitirse por correo. Los escritos posteriores podrán presentarse igualmente a la oficina donde se encuentre el expediente". Se trata de una norma adecuada que apunta a brindar al procedimiento administrativo la celeridad y la eficacia que la ley impone como principios fundamentales.

El administrado, su apoderado o letrado patrocinante tienen el derecho de exigir del órgano administrativo competente que al recibir un escrito pongan el cargo o sello fechador sobre la copia del mismo [3].

Hay que advertir que si el escrito se envía por correo o telégrafo se considera fecha de presentación aquella en que se hubiera presentado a la oficina postal, debiendo en caso de duda estarse a la fecha enunciada en el escrito, considerando, en su defecto, que la presentación se hizo en término [4].

1 Art. 4º del RLNPA. Este artículo exceptúa de este principio aquellos trámites en los que medie sólo el interés del administrado, situación que casi nunca puede acontecer, por cuanto en toda la actividad administrativa se halla presente, de un modo inmediato o mediato, el interés público.

2 Art. 5º, inc. a) del RLNPA. La alteración del orden de tramitación y decisión podrá disponerse mediante resolución fundada. En la práctica administrativa argentina este precepto no suele observarse.

3 Por aplicación extensiva del art. 25 del RLNPA, que consagra esta obligación respecto del agente postal.

4 Cfr. art. 25 del RLNPA.

3. INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Como corolario del deber general que tiene la Administración de impulsar de oficio y de los principios de celeridad, eficacia e informalismo que rigen el procedimiento administrativo, el art. 5° del Reglamento prescribe que el órgano competente procurará:

1) proveer en una sola resolución todos los trámites que, por su naturaleza, admitan su impulsión simultánea;
2) concentrar en un mismo acto o audiencia todas las diligencias y medidas de prueba pertinentes;
3) señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos de que adolezca, ordenando que se subsanen de oficio o por el interesado dentro del plazo razonable que fije;
4) disponer las diligencias que fueran necesarias para evitar nulidades;
5) ordenar en cualquier momento la comparecencia personal de las partes interesadas, sus representantes legales o apoderados para requerir las explicaciones que se estimen necesarias y aun para reducir las discrepancias que pudieran existir sobre cuestiones de hecho o de derecho [5].

Es evidente que al permitir que el órgano administrativo exija la comparecencia personal para reducir las discrepancias que pudieran existir, el art. 5° del Reglamento, permite convocar a verdaderas audiencias de conciliación a fin de concertar o conciliar los intereses en pugna.

4. CONTINUACIÓN: VISTA DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

La institución de la vista posee —en el procedimiento administrativo— un significado más amplio que en Derecho Procesal, donde partiéndose del acceso permanente de los interesados y profesionales a las causas judiciales (lo que resulta cuasi obligatorio por el sistema de la notificación ficta en los días de nota) el problema se circunscribe al traslado sobre los actos importantes del proceso que requieren el consentimiento expreso, la contestación, etc., de la contraparte, dentro de un plazo perentorio, donde funciona el principio de la preclusión.

5 Art. 5°, incs. b), d) y e) del RLNPA. A nuestro juicio la norma no atribuye facultades para exigir la comparecencia personal cuando el administrado actúa por representación, siendo, en tal caso, potestativo de éste acudir personalmente o enviar a su apoderado.

De este modo, el Derecho Administrativo, que no dispone de la estructura técnico burocrática del derecho procesal, consagra como esencial el derecho de los interesados a tener pleno acceso —formal o informal— a las actuaciones administrativas. Esto es, pues, lo sustancial y constituye un derecho subjetivo público [6] que el administrado puede ejercer en cada caso y que, en principio, no puede ser retaceado por el administrador; de lo contrario el agente estatal puede incurrir en violación de los deberes de funcionario público.

La "vista" de las actuaciones administrativas constituye una reglamentación del principio del debido proceso adjetivo enunciado en el art. 1°, inc. f), ap. 1° de la ley 19.549 [7], y había sido ampliamente reconocida por la doctrina nacional aun antes de la sanción de la norma que actualmente la reglamenta [8].

Por su vinculación con el derecho de defensa (especialmente el derecho a ser oído) el Derecho Administrativo español denomina a esta institución, más correctamente a nuestro juicio, bajo el nombre de trámite de audiencia y vista [9].

Pero aparte del sentido principal que tiene la vista en el procedimiento administrativo, ella también puede traducir el concepto de "traslado", ya fuere otorgado de oficio o a pedido de parte, sobre todo cuando hubiere particulares con intereses distintos en una misma actuación.

El art. 38 del RLNPA consagra con amplitud el derecho a la vista de las actuaciones en los siguientes términos: "La parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante, podrán tomar vista del expediente durante todo su trámite, con excepción de aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que, a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente, fueren declarados reservados o secretos mediante decisión fundada del respectivo subsecretario del Ministerio o del titular del ente descentralizado de que se trate".

6 FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 464, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, siguiendo a Serrano Guirado.

7 AGÜERO, Nélida R., "La vista de las actuaciones en la ley de Procedimientos Administrativos", RADA, nro. 4, 1972, pág. 81.

8 ALTAMIRA GIGENA, Julio I., "El derecho de defensa en sede administrativa", JA, t. 1967-III, pág. 34, sec. doctrina; ESCOLA, Héctor J., *op. cit.*, págs. 205-211; LINARES, Juan F., "Garantía de defensa ante organismos administrativos", LL, t. 87, pág. 875 y sigs.

9 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, págs. 407-409, Madrid, 1977.

La citada norma estatuye, además, el llamado carácter "informal" de la vista en el procedimiento, al prescribir que el pedido de vista puede hacerse verbalmente debiendo concederse sin necesidad de resolución expresa al efecto en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea en la Mesa de Entradas o Receptoría [10].

En principio, el otorgamiento de la vista no implica la suspensión del trámite del expediente, con excepción de aquellas vistas que tuvieran el carácter de un verdadero traslado donde si se establece un plazo perentorio para que el administrado las conteste, es lógico que el trámite principal se suspenda hasta tanto el particular evacúe la contestación.

El administrado puede requerir —aun cuando ello no sea preceptivo— la fijación de un plazo para tomar vista de las actuaciones [11], lo cual no significa que las alegaciones respectivas tengan que ser presentadas dentro de tal plazo, como suele exigir una defectuosa práctica de nuestra Administración.

El interesado está facultado para sacar copias de las piezas que solicitare, a su costa [12].

La petición solicitando vista de las actuaciones produce un importante efecto en el procedimiento recursivo cual es la suspensión de los plazos para recurrir [13] durante el plazo en que se le conceda la vista. En tal caso, la suspensión es automática y la norma se justifica en orden a que en la práctica administrativa argentina suele ser corriente el dictado de actos sin vista previa al particular afectado en sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

En igual forma se suspenden los plazos previstos en el art. 25 de la Ley de Procedimientos Administrativos para interponer la demanda en vía judicial [14].

10 Art. 38, 2ª parte del RLNPA. Es de lamentar que este valioso precepto no sea observado —por ignorancia o temor— por algunos empleados que exigen la presentación de un escrito pidiendo la vista y aun suspenden el trámite, durante el plazo en que otorgan la vista.

11 Art. 38, 3ª parte del RLNPA. Como la norma se remite al art. 1°, inc. e) ap. 4° de la LNPA, el plazo que fija la Administración es, por lo general, de diez (10) días, salvo que hubiera una norma especial y expresa que previera un plazo menor.

El dec. 1883/91 precisó que el día de vista abarca, sin límites, el horario de funcionamiento de la oficina en la cual se encuentre el expediente, poniendo fin así a una inveterada práctica administrativa limitativa de los derechos de los administrados. Ampliar en CANOSA, Armando N., *op. cit.*, pág. 139 y sigs.

12 Art. 38, RLNPA, t.o. 1991.

13 FANELLI EVANS, Guillermo E., "Las reformas al reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", EDLA, t. 1978, pág. 968; RLNPA, art. 76.

14 Art. 38, RLNPA, reformado por el dec. 1883/91.

En este sentido, la jurisprudencia ha declarado que la suspensión de los plazos para recurrir se opera ante la mera presentación de un pedido de vista y que la razón de ser de ello radica en la necesidad de evitar la indefensión del administrado que no ha podido tomar conocimiento de las actuaciones administrativas y cuenta con plazos exiguos para promover la vía recursiva [15].

La obtención de la vista implica la notificación de los actos administrativos obrantes en las actuaciones pero de modo alguno implica su consentimiento [16].

5. RESTRICCIONES AL OTORGAMIENTO DE LA VISTA

Como ya se ha visto, el órgano administrativo posee la facultad de impedir el acceso a las actuaciones que requiera el administrado cuando las mismas fueran declaradas reservadas o secretas por decisión del subsecretario o del titular del ente descentralizado de que se trate.

Se trata de una norma de excepción ya que el principio que rige en nuestro régimen republicano es el de la publicidad de todos los actos del Estado.

Antes de que pueda dictarse la "decisión fundada" declarando reservada o secreta una determinada actuación administrativa ha de haber "solicitud de órgano competente" y dictamen del servicio jurídico permanente. Estos requisitos tratan de evitar los abusos de quienes por temor, ignorancia o para proteger intereses propios o de terceros, pueden emitir juicios subjetivos respecto a la reserva de las actuaciones sustrayendo el acceso del particular interesado al expediente.

¿Qué piezas o temas pueden considerarse reservados? En principio, sólo aquellos que establece la normativa en vigencia y que se refieren a operativos militares y/o de las fuerzas de seguridad, adquisición, fabricación o venta de material bélico, estructuras orgánicas de los servicios de inteligencia, etc. [17], esto es así por cuanto la reserva o

15 CNac. Apel. Cont. Adm. Fed., Sala IV, *in re*, "Cuarto Creciente SA c/ Administración de Parques Nacionales s/ impugnación de resolución", del 12-VI-1986; la síntesis del fallo fue publicada en *Régimen de la Administración Pública*, nro. 100, pág. 127.

16 CNac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 2-VI-1992, "Linares, Gumersindo José María v. CONET s/ amparo por mora". En el mismo la Cámara sostuvo que el pedido de vista de las actuaciones es sólo una facultad que tiene el interesado en un expediente administrativo, por lo que no corresponde que sea éste quien cargue con la eventual obligación de notificarse, ante la inactividad o demora de la Administración en hacerlo.

17 Dec. 1666/78.

el secreto que constituyen excepción al principio de la publicidad de los actos estatales sólo se justifican por razones militares o de seguridad, en sentido estricto, no comprendiendo a los demás aspectos que involucra la llamada defensa nacional.

Esta conclusión se ve reforzada por la sanción de la reciente ley 25.152, que en su art. 8° dispuso el "libre acceso" a cierta información de la Administración Pública Nacional, para "cualquier institución o persona interesada en conocerla" [18].

Esta información, que se detalla en la ley, incluye, entre otros datos y documentos, a "todo tipo de contratos firmados por autoridad competente", "pagos realizados por la Tesorería Nacional", "estado de situación, perfil de vencimientos y costo de la deuda pública", "inventarios de bienes inmuebles y de inversiones financieras", "información acerca de la regulación y control de los servicios públicos, obrante en los entes reguladores", más una importante referencia genérica a "toda otra información relevante necesaria para que pueda ser controlado el cumplimiento de las normas del sistema nacional de administración financiera y las establecidas por la presente ley".

En rigor, pensamos que a partir del citado principio de "publicidad de los actos de gobierno" (consecuencia del sistema republicano adoptado por nuestra Constitución Nacional) resulta natural que toda la "información" producida por el Estado (sin limitación a la mencionada en la ley) esté a disposición de todos los habitantes, salvo los casos particulares y debidamente justificados en que se decida la reserva.

6. Recusación de los agentes públicos que intervienen en el procedimiento

Los interesados que intervienen en el procedimiento administrativo poseen la potestad de conseguir la separación del agente público del trámite previo y toma de decisión, cuando se dan los motivos

18 Esta ley se inscribe en una tendencia que han seguido desde antiguo los países más avanzados, que cuentan con normas más completas y concretas sobre la materia: así ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos de América (*Freedom of Information Act,* 1966), Nueva Zelanda (*Official Information Act*, 1983), Canadá (*Access to Information Act*, 1983), Irlanda del Norte (*Freedom of Information Act*, 1987), e inclusive la reciente ley 104 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de noviembre de 1998, que establece en forma concluyente el derecho de toda persona a solicitar y recibir cualquier información que obre en poder de las autoridades de la Ciudad.

previstos en la ley a través del instituto de la recusación [19] ampliamente admitido en el derecho comparado [20].

No creemos que pueda sostenerse ya a esta altura del desarrollo de las instituciones del Derecho Público una interpretación restrictiva acerca de la recusación, considerando que sólo procede en el ámbito de las funciones jurisdiccionales de la Administración [21].

En la actualidad, la recusación se encuentra regulada en el art. 6° de la LNPA, norma que remite a las causales y oportunidades previstas en los arts. 17 y 18 del CPCCN.

¿Quiénes pueden ser recusados? Entendemos que todo funcionario o empleado público, cualquiera fuera su jerarquía puede ser recusado, dado que la norma no formula distinción alguna [22], a más que no tendría sentido que se excluyera a funcionarios, ya fuere el Presidente o sus ministros del Poder Ejecutivo, en mérito al fundamento de moralidad administrativa y defensa del administrado que inspira a esta institución.

Pero, al propio tiempo, no admitimos la procedencia de otras causales no fundadas en la ley, máxime cuando las previstas en el Código Procesal son suficientemente comprensivas de todas las situaciones que pueden provocar la necesidad o conveniencia de recusar a un funcionario [23].

Ello no impide aceptar, por analogía, la "recusación sin expresión de causa" prescripta en el art. 14 del Código Procesal, aplicable en virtud de la remisión que formula el art. 106 del RLNPA, aprobado por dec. 1759/72 [24].

Producida la recusación el agente público debe dar intervención de inmediato (en el plazo máximo de dos días) a su superior jerárqui-

19 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los Recursos Administrativos*, págs. 45-46, Madrid, 1960; *Id., Manual...*, cit., pág. 151.

20 RONDON DE SANSO, Hildegard, *El Procedimiento Administrativo*, págs. 87-90, Caracas, 1976; WADE, H. W. R., *Derecho Administrativo*, pág. 256 y sigs., trad. del inglés, Madrid, 1971; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, pág. 169 y sigs., Madrid, 1977.

21 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 69.

22 Cfr. GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, t. IV-I, pág. II-57.

23 ESCOLA, Héctor J., *op. cit.*, pág. 169, y GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, t. IV-I, pág. II-66.

24 El art. 106 del RLNPA prescribe: "El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación será aplicable supletoriamente para resolver cuestiones no previstas expresamente y en tanto no fuera incompatible con el régimen establecido por la ley de procedimientos administrativos y por esta reglamentación". Los dos presupuestos que prevé la norma se dan respecto de la recusación sin causa pues ella no se encuentra regulada expresamente y no es incompatible con la ley ni con el reglamento de procedimientos administrativos.

co, informándole si admite o no la causal o causales alegadas por el administrado que lo recusa. Si el recusado admitiera la causal alegada y ésta fuera procedente el superior jerárquico tiene el deber de designarle un sustituto. En caso contrario, tiene la obligación legal de resolver dentro de los cinco días, plazo que podrá extenderse otro tanto si estimare que resulta necesario producir prueba [25].

La recusación debe tramitar siempre por vía incidental y las resoluciones que se dicten en los respectivos incidentes son irrecurribles [26].

Las causales que prescribe el art. 17 del Código Procesal, luego de su necesaria adaptación al procedimiento ante la Administración Pública [27] respecto del agente público, son:

a) el parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad con algunas de las partes, sus mandatarios o letrados;
b) tener el agente público o sus consanguíneos o afines dentro del grado expresado en el inciso anterior, interés en el expediente o en otro semejante o sociedad o comunidad con algunos de los interesados, procuradores o abogados, salvo que la sociedad fuese anónima;
c) tener controversia judicial o administrativa con el recusante;
d) ser acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes, con excepción de los bancos oficiales;
e) ser o haber sido el agente que fue denunciado por el recusante ante la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas [28] siempre que ésta hubiere dado curso a la denuncia;
f) haber sido asesor de alguna de las partes [29];
g) haber recibido beneficios de importancia de alguna de las partes;
h) tener con alguno de los interesados amistad que se manifieste por familiaridad o frecuencia de trato;
i) tener contra el recusante enemistad, odio o resentimiento que se manifiesten por hechos conocidos. En ningún caso procederá la recusación por ofensas inferidas al agente público después que éste hubiese comenzado a conocer en el asunto.

25 Cfr. art. 6° de la LNPA.
26 Art. 6°, *in fine*, de la LNPA.
27 Ya que es menester reemplazar la expresión "juez" por agente público.
28 Cfr. GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, t. IV-I, pág. II-63.
29 La 2ª parte del inc. 7° del art. 17 del Código Procesal que se refiere al "prejuzgamiento" es inaplicable en el procedimiento administrativo nacional donde el art. 6° de la ley 19.549 prescribe: "La intervención anterior del funcionario o empleado en el expediente no se considerará causal de recusación".

7. EXCUSACIÓN DE LOS AGENTES PÚBLICOS

La ocurrencia de alguna de las causales de recusación previstas en el art. 17 del Código Procesal, con las adaptaciones correspondientes, genera el deber del agente público que interviene en el procedimiento de excusarse de seguir entendiendo o participando en el mismo [30]. En tal sentido, la excusación es obligatoria para el funcionario o empleado público y su incumplimiento da lugar a la responsabilidad disciplinaria y eventualmente patrimonial [31] y hasta puede llegar a invalidar el acto [32].

Existe otro tipo de excusación que reviste carácter facultativo para el agente público y donde se interpreta la causal en forma más amplia. Se trata de la excusación *por motivos graves de decoro o delicadeza* [33], la cual constituye una causal más genérica que debe ser ponderada prudentemente y en forma razonable por el superior jerárquico haciendo lugar a la misma en casos realmente "graves", ya que de lo contrario, se afectaría el principio de la obligatoriedad de la competencia.

La solicitud de excusación debe ser remitida de inmediato al superior jerárquico, quien tiene el plazo de cinco (5) días para resolverla, sin substanciación alguna. Si el órgano jerárquicamente superior aceptase la excusación debe nombrar un reemplazante mientras que si la desestima devolverá las actuaciones al inferior para que prosiga el trámite. Las resoluciones que se dicten sobre los incidentes de excusación y aquellas que los resuelven son irrecurribles [34].

8. PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DEL PROCEDIMIENTO. NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN

El sistema de publicidad de los diversos actos que emite la Administración Pública difiere —como se ha visto— según se trate de actos administrativos (de alcance individual), de reglamentos (de al-

30 Cfr. art. 30 del CPCCN, al que remite el art. 6° de la ley 19.549.

31 ESCOLA, Héctor J., *op. cit.*, pág. 167.

32 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, pág. 168, Madrid, 1977, apunta que la invalidez puede producirse en los casos en que el motivo de excusación tenga influencia determinante en la formación de la voluntad del acto administrativo.

33 Art. 30 del CPCCN.

34 Art. 6° de la LNPA. La irrecurribilidad de las resoluciones que se dictan en los incidentes de excusación tiene su fuente en el art. 28, párr. 5°, de la ley española de procedimientos administrativos.

cance general) o de actos internos o inter-orgánicos. Mientras las dos primeras categorías enunciadas poseen un régimen formal, el acto inter-orgánico, destinado a tener efectos, en principio y directamente, sobre otros órganos de la Administración se caracteriza por la prevalecencia de la libertad formal [35] en materia de publicidad.

A su vez, si por una parte el régimen de publicidad del acto administrativo se basa en el conocimiento real que debe tener el administrado a través de la exigencia de la notificación personal, los reglamentos, en cambio, se reputan conocidos a partir de su publicación oficial [36].

La publicación integra uno de los requisitos que hacen a la forma del acto que emite la Administración [37] en cuanto es un recaudo que trasunta la exteriorización de la voluntad administrativa.

A) Notificación del acto administrativo. Distintos medios

La integración formal del acto administrativo concreto de alcance individual requiere para su perfección, que el mismo sea notificado al particular, mediante una publicidad cierta y completa del acto, la cual puede llevarse a cabo mediante diversos medios, en el procedimiento nacional:

a) por acceso directo de la parte interesada (su apoderado o su representante legal) al expediente. En tal oportunidad, debe dejarse constancia expresa de la notificación en el expediente, previa justificación de la identidad de la persona que fuera notificada, la cual puede exigir que se le entregue una copia del acto certificada [38];
b) por presentación espontánea de la parte interesada (su apoderado o representante legal) de la cual resulta hallarse en conocimiento "fehaciente" del acto respectivo [39]. Adviértase que no se trata de una notificación presunta ni tácita, debiendo resultar la misma de concreta expresión de voluntad del administrado;
c) por cédula a diligenciarse en forma similar a lo prescripto en los arts. 140 y 141 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [40];

35 V.gr. art. 104 del RLNPA aprobado por dec. 1759/72, que exceptúa de la exigencia de la publicación a "los reglamentos que se refieren a la estructura orgánica de la Administración y las órdenes, instrucciones o circulares internas".

36 Art. 11, LNPA.

37 CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, pág. 218, 2ª ed., Buenos Aires, 1978.

38 RLNPA, art. 41, inc. a); Córdoba, art. 53.

39 RLNPA, art. 41, inc. b).

40 RLNPA, art. 41, inc. c); La Pampa, art. 46, inc. c).

d) por telegrama con aviso de entrega [41];
e) por oficio impuesto como certificado expreso con aviso de recepción. Respecto de este medio, el RLNPA exige que la carta y documentos anexos sean exhibidos al agente postal antes del despacho, quien los sellará juntamente con las copias que se agregarán al expediente [42];
f) por carta documento [43];
g) por los medios que indique la autoridad postal, a través de sus permisionarios, conforme a las reglamentaciones que ella emite [44];
h) por edictos o por radiodifusión, siempre que la Administración ignore el domicilio del administrado [45].

En cuanto al contenido de las notificaciones, debe transcribirse en forma íntegra el acto que vaya a notificarse, es decir, los fundamentos y su parte dispositiva. En las cédulas y oficios se puede reemplazar la transcripción agregando una copia autenticada de la resolución, dejándose constancia en el cuerpo de la cédula u oficio [46].

Respecto de los edictos o de la radiodifusión, la norma del RLNPA permite que se cumpla con el requisito de la notificación transcribiendo íntegramente sólo la parte dispositiva [47] lo cual es una solución incorrecta que puede desembocar en la invalidez de la notificación. En efecto, si de la sola lectura de la parte dispositiva no surgiera la innecesariedad de conocer la motivación, es evidente que el administrado no tendrá el conocimiento cierto y personal que, en principio, caracteriza a la notificación del acto administrativo. Algunas leyes provinciales, en cambio, exigen la transcripción íntegra del acto [48].

Por excepción y siempre que no se trate de notificar actos que tuvieren una forma escrita [49], también se admite la notificación verbal en algunos supuestos (v.gr. órdenes que dan los agentes de tránsito) [50].

41 RLNPA, art. 41, inc. d).

42 Art. 41, inc. e) del RLNPA. En todos los casos que prescribe el art. 41 de dicho Reglamento sus notificaciones deben realizarse en el domicilio real del administrado. Si la notificación se practica en la portería, ello no prueba su recepción por el particular.

43 Art. 41, inc. f) del RLNPA modificado por el dec. 1883/91.

44 Art. 41, inc. g) del RLNPA modificado por el dec. 1883/91.

45 RLNPA, art. 42.

46 Art. 43 del RLNPA.

47 Art. 43, 1ª parte.

48 Tucumán, art. 44; Mendoza, art. 150; Córdoba, art. 52; Salta, art. 148.

49 ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, págs. 212-213, Buenos Aires, 1975.

50 Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, pág. 221, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2002.

B) Publicación de reglamentos

Tratándose de una norma de alcance general, todo reglamento participa de un régimen similar al de las leyes, lo cual reposa en un doble fundamento: la observación del principio de igualdad ante la ley que proclama nuestra Constitución (art. 16) y la necesidad que tiene el Estado de reputar conocida por todos la existencia de las normas generales. Por tal causa, la ignorancia sobre el contenido de un reglamento no debe servir, en general, para excusar su incumplimiento. Sin embargo, tal principio positivista, que podría considerarse justo en la época en que se dictó el Código Civil [51] no tiene hoy día contenido axiológico alguno, dado el excesivo número y variedad de reglamentaciones que dictan las autoridades administrativas. Tal hecho, que constituye una suerte de "inflación reglamentaria", no puede fundar la justicia de la solución expuesta y exige que, por ejemplo, los reglamentos puedan impugnarse, en la sede administrativa, sin aplicarse los términos o plazos que se fijan en materia recursiva, para la impugnación de los actos administrativos.

Este principio, que fluye, a nuestro juicio, de los propios términos de la LNPA [52] no obsta a que el particular opte por deducir, por analogía, los recursos administrativos, dentro de los términos fijados para la impugnación de los actos administrativos.

La publicación de los reglamentos debe llevarse a cabo en forma íntegra, pudiendo realizarse tanto en el Boletín Oficial como en cualquier otro periódico oficial o boletín administrativo de adecuada difusión entre los destinatarios de la publicidad (v.gr. publicaciones de la Administración Nacional de Aduanas, respecto de los agentes aduaneros).

9. LA PRUEBA. DIFERENTES MEDIOS PROBATORIOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La prueba consiste en aquella actividad tendiente a acreditar la veracidad o inexactitud de los hechos que constituyen la causa objetiva de la resolución que se dicte en el procedimiento [53].

51 Cuyo art. 20 prescribe: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley".

52 El art. 24, inc. a) al referirse a la impugnación judicial directa de reglamentos estatuye la necesidad de promover un "reclamo" ante la autoridad que dictó el acto de alcance general, sin fijar plazo alguno para su interposición. Por ello, algunos autores la denominan "reclamo impropio contra normas generales" (véase LINARES, Juan F., *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, pág. 33, Buenos Aires, Astrea, 1974).

53 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los Recursos Administrativos y Económico-Administrativos*, pág. 170, Madrid, 1975.

Las leyes de procedimiento de la Nación y de las provincias regulan de una manera muy esquemática —al igual que la ley española— [54] lo relativo a la prueba en el procedimiento administrativo, lo cual hace necesaria una doble recurrencia. En primer lugar, resulta imprescindible acudir a los principios fundamentales del procedimiento administrativo. En segundo término, cuando la cuestión no estuviera regulada por el Derecho Administrativo se impone a la aplicación analógica de las normas que rigen el proceso judicial.

Uno de esos principios fundamentales es el de la oficialidad en la impulsión e instrucción de la prueba, según el cual la Administración tiene el deber legal de impulsar el procedimiento, hallándose a su cargo la realización de todas las diligencias y medidas que fueren viables para la averiguación de la verdad material, constituida básicamente por los hechos y actos que constituirán la causa del acto administrativo a dictarse. Lo expuesto no implica, desde luego, desplazar la intervención de los administrados en el procedimiento probatorio [55].

Luego que se ha procedido a la apertura del período de prueba dejan de aplicarse los principios generales que rigen la carga de la prueba en el Derecho Procesal conforme a los cuales corresponde al actor o a quien alega, la carga probatoria de acreditar los hechos que fundan su pretensión, pues, en el procedimiento administrativo, la carga de la prueba corresponde a la Administración [56].

En la apreciación, admisión o valoración de las pruebas el principio esencial es que la misma debe ser razonable, sin descartar arbitrariamente las pruebas ofrecidas y producidas en el expediente. No hay en esta materia ninguna discrecionalidad técnica [57] constituyendo su errónea apreciación o valoración un vicio de ilegitimidad que afecta el elemento "causa" (art. 7°, inc. b], LNPA) en cuanto la prueba sea constitutiva de un antecedente de hecho del pertinente acto administrativo.

La tendencia actual de la doctrina [58] y de la legislación [59] se inclina por señalar la similitud existente entre la valoración probato-

54 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 403, Madrid, 1977.

55 El art. 1°, inc. a) de la LNPA prescribe al respecto que la instrucción e impulsión de oficio lo será "sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones".

56 En contra: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 404.

57 GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, t. IV-I, pág. VII-27.

58 FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, *Principios Fundamentales del Procedimiento Administrativo*, pág. 31, Montevideo, 1977.

59 El art. 62 del RLNPA prescribe que: "En la apreciación de la prueba se aplicará lo dispuesto por el art. 386 del CPCCN".

ria administrativa con la que se opera en sede judicial, habida cuenta de que la apreciación de la prueba que se practique en sede administrativa, se hallará más tarde sometida al control judicial [60].

Respecto de la admisión de medios probatorios rige el principio de "la amplitud de la prueba" [61] y en tal sentido el RLNPA así lo prescribe [62], siempre que se trate de hechos que hubieren sido articulados por las partes y tuvieren alguna relación con la decisión que deba dictarse [63].

En el procedimiento, el derecho positivo reconoce la existencia de diversas medidas de prueba, a saber:

A) Informes y dictámenes producidos por la Administración

Dado el carácter esencialmente escrito del procedimiento administrativo, los informes y dictámenes de los órganos técnicos y de asesoramiento jurídico, en la medida en que configuran el o los antecedentes que constituyen la causa objetiva del acto, brindan al órgano que decide o resuelve, los elementos de juicio imprescindibles para que la resolución a dictarse se encuentre provista de todas las garantías de legitimidad y oportunidad.

Los informes y dictámenes pueden ser de requerimiento obligatorio o facultativo, con independencia de su fuerza vinculatoria. De haberse omitido, en el transcurso del procedimiento, recabar un dictamen cuando éste fuera preceptivo, la decisión que se dicte adolecerá de nulidad absoluta, ya que no se admite —ni tendría ningún sentido, por otra parte— que la omisión del informe o dictamen pueda sanearse *a posteriori* [64].

La reglamentación vigente en el orden nacional prescribe que los órganos administrativos a quienes se les requiera un informe o dictamen están obligados a "prestar su colaboración permanente y

60 FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, *op. cit.*, pág. 31.

61 ESCOLA, Héctor J., *op. cit.*, págs. 216-217.

62 Art. 46 del RLNPA, que estatuye... "Se admitirán todos los medios de prueba, salvo los que fueren manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios". La última parte de esta norma es de interpretación restrictiva en atención al principio de amplitud de la prueba.

63 Art. 46 citado, 1ª parte. Para denegar una prueba invocando que ella no es conducente con la decisión, la improcedencia de la misma debe ser manifiesta ya que de otro modo debe efectuarse una investigación de hecho que prácticamente presupone la producción de la prueba ofrecida por el administrado. En la doctrina venezolana véase RONDON DE SANSO, Hildegard, *op. cit.*, pág. 97, quien sostiene la primacía del principio de la flexibilidad probatoria.

64 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 399.

recíproca" [65] fijando distintos plazos máximos para que se expidan, según tuvieran o no carácter técnico [66].

En punto a sus efectos jurídicos, los informes o dictámenes no tienen, en principio, carácter vinculante, salvo que una norma expresa así lo determine. En este caso, ella implica compartir la competencia entre el órgano activo y consultivo, lo cual constituye una excepción a las reglas generales que rigen la distribución de la competencia [67].

En el procedimiento administrativo —a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial— [68] la prueba de informes no se limita únicamente a los "actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante" [69]. Así lo impone el principio de la oficialidad (sin perjuicio de la intervención de los interesados) y el de la verdad material.

Por ello carece de sentido tanto restringir la prueba de informes a la que estuviera ya "preconstituida" como pretender aplicar un régimen distinto para informes y dictámenes [70].

B) Informes de entidades privadas y públicas no estatales

El RLNPA también admite la prueba de informes de personas públicas o privadas (a quienes denomina "terceros") disponiendo que si las entidades requeridas no contestaren los informes dentro del plazo fijado ordinariamente o dentro del término de ampliación que se hubiera otorgado, se prescindirá de tal prueba. La solución resulta criticable, pues si, vencido ese plazo, el informe se presenta antes de la decisión no tiene ningún sentido prescindir de dicha prueba. En tal supuesto, no será procedente fijar un nuevo plazo para alegar, pero nada impide considerar el contenido del informe antes de la resolución que se dicte en el expediente [71].

A diferencia del Código Procesal Civil y Comercial, el RLNPA no establece ninguna sanción para la no remisión del informe, por cada día de retardo.

65 Art. 14 del RLNPA.

66 De 20 o 10 días, respectivamente (art. 48 del RLNPA).

67 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 402.

68 Véase PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, t. II, pág. 200, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.

69 CPCCN, art. 396.

70 Tal como lo postula Gordillo siguiendo la opinión procesalista (*op. cit.*, t. II, págs. VI, 34 y 35).

71 GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, t. IV-I, pág. VI-32.

C) Prueba testimonial

El RLNPA sienta unas pocas reglas en materia de prueba testimonial, declarando de aplicación analógica diversas normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [72].

Como consecuencia de ello:

a) las partes interesadas poseen el derecho de exigir que la Administración tome declaración a los cinco (5) primeros testigos que ofrezcan [73], siendo discrecional la admisión de los restantes testigos propuestos;

b) el proponente puede justificar la enfermedad del testigo que no ha comparecido a declarar [74] a los efectos de no perder su testimonio;

c) no pueden ser ofrecidos como testigos los parientes por consanguinidad o afinidad en la línea directa de las personas interesadas ni tampoco el cónyuge, no obstante que estuviera separado legalmente, salvo si se tratara de reconocimiento de firmas [75];

d) las partes pueden oponerse al ofrecimiento del testigo, cuya declaración juzgaren que no es admisible o que es improcedente [76];

e) las preguntas no contendrán más de un hecho, deben ser claras y concretas, no formulándose aquellas que estuvieren concebidas en términos afirmativos, sugieran la respuesta del testigo o sean ofensivas o vejatorias. Tampoco pueden contener referencias de carácter técnico, salvo si fueren dirigidas a personas especializadas [77]. El testigo tiene derecho a negarse a responder en las mismas situaciones que determina la ley procesal [78];

f) los testigos pueden ser careados cuando sus declaraciones fueren contradictorias entre ellos y las partes o solamente entre los testigos propuestos [79];

72 Art. 53 del RLNPA. Si bien la norma prescribe la aplicación supletoria es evidente que se trata del procedimiento de la analogía habida cuenta de que las diferencias existentes con el proceso judicial requieren la "adaptación" de sus reglas al procedimiento administrativo.

73 CPCCN, art. 491.

74 Art. 419 del CPCCN.

75 CPCCN, art. 427.

76 Art. 428 del Cód. citado.

77 Art. 443 del CPCCN.

78 Conforme al art. 444 del Código Procesal, la persona citada a declarar como testigo podrá negarse a contestar las preguntas cuando: a) la respuesta lo expusiere a enjuiciamiento penal o comprometiera su honor; b) no pudiere responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial.

79 Art. 448 del CPCCN.

g) las partes pueden alegar o probar acerca de la idoneidad de los testigos propuestos [80] lo cual apreciará el instructor conforme a las reglas de la sana crítica.

Si bien el art. 440 del CPCCN (aplicable por la remisión que efectúa el art. 53 del Reglamento Nacional) prescribe que antes de declarar los testigos prestarán juramento o formularán promesa de decir verdad, las consecuencias de una declaración falsa no configuran el delito de falso testimonio, que no queda tipificado por un reglamento administrativo, máxime cuando el propio cuerpo reglamentario no declara expresamente aplicable el art. 448 del Código Procesal [81].

Aun cuando el RLNPA no estatuye ninguna regulación al respecto es inherente al derecho de defensa y al necesario control que las partes deben ejercer respecto de la fidelidad e integridad de la prueba testimonial, que ellas estén presentes en el acto de la audiencia y que puedan formular repreguntas.

A su vez, nada impide en el procedimiento administrativo que las partes interesadas ofrezcan que la declaración testimonial sea formulada por escrito [82] sin perjuicio de la potestad del órgano administrativo de hacer comparecer al testigo para ratificar la firma y el contenido de la declaración.

D) Prueba confesional y documental

Pese a que el RLNPA la excluye como prueba, admite la posibilidad de que se produzca —en el curso del procedimiento recursivo o antes— la confesión voluntaria, con los alcances que el Código Procesal Civil y Comercial fija en los arts. 423, 424 y 425 [83].

Respecto de la prueba documental, el principio es que los interesados puedan presentar cualquier clase de documentos, ya fueren públicos o privados, emitidos en nuestro país o en el extranjero; en este último caso, la autoridad administrativa puede exigir la legalización, pero ésta no es preceptiva. Si los documentos estuvieren re-

80 Art. 458 del CPCCN.

81 Al respecto, hemos creído conveniente aclarar el punto ya que la última parte del art. 440 del Código Procesal prescribe que los testigos sean informados acerca de las consecuencias penales a que puedan dar lugar las declaraciones falsas o reticentes. Esta parte de la norma no es aplicable —por las razones expuestas en el texto— al procedimiento administrativo, lo cual constituye una demostración más de que la aplicación de las normas del Código Procesal se realiza por analogía y no directamente (en forma supletoria).

82 Cfr. GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, t. IV-I, pág. VI-47.

83 La confesión puede provenir tanto de un particular como de un órgano de la Administración con competencia respecto del hecho o acto de que se trate.

dactados en idioma extranjero ellos deben acompañarse con la pertinente traducción efectuada por profesional matriculado [84].

No es necesario adjuntar los documentos originales o testimonios expedidos por escribanos o autoridades judiciales o administrativas competentes, pudiendo presentarse los originales para su cotejo y certificación por la autoridad administrativa, dejándose copia en el expediente [85].

E) Prueba pericial

Cuando se trata de establecer o indagar sobre el conocimiento o apreciación de algún hecho que requiera conocimientos técnicos, artísticos o prácticos especializados [86] los administrados pueden proponer peritos a su costa, conforme lo prescribe el art. 54, primera parte, del RLNPA [87].

En cambio, la Administración debe abstenerse —en principio— de designar peritos de su parte, excepto que ello fuere necesario para la debida sustanciación del procedimiento [88].

Si bien el RLNPA prevé exclusivamente un procedimiento reglado y por tanto formal para la designación, presentación del cuestionario, aceptación del cargo y término para producir el dictamen pericial, debe prevalecer el principio del informalismo que tiene jerarquía normativa superior y admitirse, en consecuencia, la posibilidad de que el perito realice la diligencia y presente su dictamen en el expediente sin otro trámite, aun cuando no hubiese sido designado [89].

En cuanto al objeto de la prueba pericial, el principio es el de la amplitud y flexibilidad probatorias, por cuya causa la misma puede versar sobre aspectos técnicos, científicos, prácticos, de tipo especial, procediendo inclusive para analizar aspectos psicológicos o éticos de conductas, obras o actos, cuyo contenido ilícito sea materia probatoria en el procedimiento administrativo, porque la libertad individual no debe constituir un escudo para impedir la libertad probatoria en materia pericial, precisamente cuando la actividad administrativa debe orientarse hacia la búsqueda de la verdad material en tanto no se viole el límite puesto en el art. 19 de la Const. Nac.

84 Art. 28 del RLNPA.
85 Art. 27 del RLNPA.
86 LÓPEZ NIETO Y MALLO, Francisco, *op. cit.*, pág. 286.
87 En Uruguay existe el mismo principio en el art. 37 del dec. 640/73.
88 RLNPA, art. 54, 2ª parte.
89 Seguimos aquí la opinión de Gordillo (*op. cit.*, t. II, pág. VI-55).

10. OPORTUNIDAD DE LA APERTURA A PRUEBA

Solicitada u ofrecida que fuera la prueba por el particular interesado, la Administración tiene el deber legal de decretar la apertura a prueba de las actuaciones por imperio del principio del debido proceso adjetivo enunciado en la LNPA [90]. Si este principio no estuviere reconocido en alguna legislación provincial, igual sería obligatoria la apertura a prueba, habida cuenta de que ello hace al derecho de defensa previsto y reconocido en las constituciones provinciales.

En el supuesto de que la Administración no abriera a prueba un recurso debe dar por ciertos y acreditados los hechos manifestados por el interesado [91] en la medida en que la prueba sea conducente conforme a los principios generales que se han examinado.

La apertura a prueba no es, por lo tanto, discrecional [92], sino preceptiva cuando hace al derecho de defensa del administrado.

Aun cuando la LNPA no fija la oportunidad en que la prueba debe ser ofrecida, la misma debe serlo antes de la decisión fundada a dictarse en el expediente, habida cuenta de que el acto decisorio debe hacer expresa consideración de las medidas de prueba propuestas [93].

La apertura a prueba no está sometida a términos formales en el procedimiento administrativo nacional procediendo, incluso, la producción informal de la prueba por parte del administrado, lo cual no es más que una ampliación del principio del informalismo y de la ausencia de preclusión.

11. EL DERECHO DE ALEGAR SOBRE LA PRUEBA PRODUCIDA

Una vez que se han sustanciado las actuaciones de prueba, la Administración está obligada a dar vista por el término de diez (10) días [94] a la parte interesada a fin de que presente un alegato sobre la prueba producida pudiendo disponer la producción de nueva prueba

90 LNPA, art. 1°, inc. f), ap. 2°.

91 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El Procedimiento Administrativo*, pág. 468, Madrid, 1964.

92 En Uruguay se ha sostenido que el art. 36 del dec. 640/73 consagra una facultad discrecional respecto de la apertura a prueba (véase MARTINS, Hugo D., *Procedimiento Administrativo*, pág. 61).

93 Por aplicación del principio enunciado en el art. 1°, inc. f), aps. 2° y 3° de la LNPA.

94 Art. 60 del RLNPA, t.o. 1991. En el procedimiento recursivo se aplica la prescripción del art. 79 del RLNPA que establece un plazo de cinco (5) días.

en los siguientes casos: a) para mejor proveer y b) si ocurriere o llegare a su conocimiento un hecho nuevo [95].

El RLNPA también prescribe una suerte de preclusión del plazo para presentar el alegato, al disponer que vencido el mismo si no se presentaren los escritos correspondientes se dará por decaído el derecho [96]. Tal norma debe reputarse no escrita, en atención a la primacía del principio del informalismo [97] y a lo prescripto en el propio Reglamento, al contemplar la posibilidad de ampliar la fundamentación de los recursos [98].

12. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La doctrina clasifica, en general, a los modos de conclusión de los procedimientos en normales o anormales [99], lo cual ha sido criticado por otro sector que supone que el procedimiento administrativo tiene formas de continuación antes que modos de conclusión [100].

Tal afirmación es errónea y no se sustenta en la realidad de la legislación positiva ni en la práctica administrativa que admiten diversas formas de terminación de los procedimientos administrativos. Lo que ocurre es que no se ha advertido que muchas de esas formas (v.gr. desistimiento del procedimiento) son modos provisorios y no definitivos de conclusión. Pero ello no quita que frente a la inactividad ulterior del administrado tales formas de conclusión se transformen, en los hechos, en los modos definitivos en que culmina el procedimiento administrativo.

El modo normal de conclusión del procedimiento administrativo es la "resolución" mientras que pueden señalarse como medios anormales el desistimiento, la renuncia y la caducidad.

A) La resolución del procedimiento

Como se ha dicho la palabra "resolución" —que puede ser expresa o tácita— debe tomarse en su acepción más restrictiva, es decir,

95 RLNPA, art. 60.

96 Art. 60, *in fine*, del RLNPA conforme al criterio que enuncia el art. 1°, inc. c) de la LNPA.

97 Dado que es una exigencia que puede ser cumplida *a posteriori*.

98 Art. 77, del RLNPA.

99 COMADIRA, Julio Rodolfo, "Modos anormales de terminación del procedimiento administrativo", JA, t. 1976, t. IV, pág. 622; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 409 y sigs.

100 GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, t. IV-1, pág. VIII-52.

como equivalente al acto que decide acerca de las cuestiones planteadas en el curso de una actuación administrativa [101].

De acuerdo a la prescripción del RLNPA la resolución expresa debe ajustarse a las reglas del debido proceso adjetivo que marcan la exigencia legal de que ella haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso [102].

Pero, también, la resolución puede operarse en forma tácita por aplicación de la teoría del silencio, a cuyas reglas remite expresamente el Reglamento Nacional [103].

Cuando la decisión se dicte en un procedimiento instaurado por el administrado y, particularmente, si éste hubiera interpuesto un recurso contra el acto administrativo no procede la llamada *reformatio in peius* [104] de modo tal que la resolución que se dicte no puede empeorar la situación de quien interpuso el recurso o instó el procedimiento.

B) Caducidad de las actuaciones

Uno de los medios anormales de conclusión del procedimiento administrativo es la caducidad de las actuaciones la cual consiste en un acto por cuyo mérito la Administración declara, con efectos provisorios, la terminación del procedimiento a causa de la inactividad del trámite imputable al interesado, disponiendo el archivo de las actuaciones [105].

La causa del acto administrativo que declara la caducidad del procedimiento es un hecho: el transcurso del tiempo sin que el administrado active el procedimiento [106]. Pero para que el órgano administrativo pueda decretar la caducidad de una determinada actuación o expediente se requiere que la paralización o inactividad del trámite

101 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 409.

102 Art. 1°, inc, f), ap. 3° de la LNPA, aplicable por la remisión que efectúa el art. 64 del RLNPA.

103 Art. 65 del RLNPA.

104 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 729 y sigs.

105 COMADIRA, Julio R., *op. cit.*, JA, t. 1976, t. IV, pág. 622 y sigs.; HALPERIN, David A. - CATTANI, Horacio R., "Procedimiento Administrativo", *Régimen de la Administración Pública*, nro. 6, pág. 12 y sigs.; HUTCHINSON, Tomás, "La caducidad del procedimiento administrativo", *Régimen de la Administración Pública*, nro. 12, pág. 3 y sigs.

106 No parece entonces que pueda sostenerse la opinión según la cual la caducidad sea un hecho por cuanto éste es la causa objetiva del acto. Véase sin embargo: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El Procedimiento Administrativo*, pág. 536 y sigs., Madrid, 1964.

obedezca a una "causa imputable al administrado", previa intimación a que remueva el obstáculo que tenía paralizado el expediente.

Así lo prescribe la LNPA al señalar que: "Transcurridos sesenta (60) días desde que un trámite se paralice por causa imputable al administrado, el órgano competente le notificará que, si transcurrieren otros treinta (30) días de inactividad, se declarará de oficio la caducidad de los procedimientos, archivándose el expediente" [107].

Un sector de la doctrina entiende que correspondiéndole a la Administración la carga del impulso de las actuaciones no se concibe cómo puede ser responsable el particular de la paralización del procedimiento [108].

No compartimos esa postura, si bien reconocemos que se trata de una vía excepcional que se circunscribe a aquellos procedimientos que por la inactividad del administrado se detienen sin posibilidad de ser proseguidos por la Administración [109]. Es decir, que si la Administración puede remover de oficio el obstáculo o, simplemente, continuar el procedimiento, obviando el trámite faltante (v.gr. por no ser de carácter esencial), la declaración de caducidad es improcedente.

La caducidad no se produce en forma automática ni de pleno derecho, y requiere de un acto administrativo expreso que la declare. Tampoco la Administración se encuentra obligada a decretarla, pudiendo subsistir la inactividad del interesado y continuar, inclusive, la tramitación del expediente pese al transcurso de los plazos de caducidad [110].

¿Qué efectos produce el acto de caducidad?

Hay que distinguir dos tipos de consecuencias jurídicas:

a) En punto a la utilización del acto del procedimiento declarado caduco en un nuevo expediente, en el cual puede hacer valer las pruebas ya producidas [111].

107 LNPA, art. 1°, inc. e), Apéndice 9; ver también Córdoba, ley 5350, art. 108.

108 GORDILLO, Agustín A., *op. cit.*, t. IV-1, pág. VIII-39, agrega que carece de sentido legislar sobre la caducidad sin determinar los casos en que ella se produce. Si bien hay supuestos en que puede no imputarse la demora al administrado, la práctica administrativa registra numerosos casos en los que el trámite no puede continuar por la omisión del interesado en aportar algún elemento o dato esencial (v.gr. en el procedimiento de selección de proyectos del sistema de promoción industrial no puede hacerse la evaluación del proyecto si el futuro beneficiario no aporta los datos correspondientes).

109 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, pág. 588, Madrid, 1977.

110 COMADIRA, Julio R., *op. cit.*, JA, t. 1976, t. IV, pág. 630.

111 LNPA, art. 1°, inc. e), ap. 9° que prescribe: "Operada la caducidad, el interesado podrá, no obstante, ejercer sus pretensiones en un nuevo expediente, en el que podrá hacer valer las pruebas ya producidas".

b) En relación con el curso de los plazos que se encontraban suspendidos en virtud de lo dispuesto en el art. 1°, inc. e), ap. 9°, *in fine*, los mismos se reinician cuando queda firme el auto declarativo de la caducidad [112].

Al respecto, la LNPA no sigue el criterio civilista que distingue entre suspensión e interrupción de los términos [113] dado que al prescribir la norma que los plazos objeto de la suspensión "se reiniciarán hasta la fecha en que quedare firme el auto declarativo de caducidad" estatuye que los plazos deben comenzar a computarse nuevamente, sin considerar el tiempo transcurrido hasta ese momento.

C) El desistimiento del procedimiento y la renuncia

Tanto el desistimiento del procedimiento como la renuncia constituyen modos anormales de finalización del procedimiento administrativo, cuya característica común radica en que ambos implican el desplazamiento voluntario de la parte interesada respecto del trámite promovido [114].

Las diferencias versan sobre los efectos de uno y otro pues mientras el desistimiento del procedimiento mantiene intangibles los derechos del administrado para plantear nuevamente la pretensión [115], la renuncia (denominada por el RLNPA "desistimiento del derecho"), impide volver a promover la pretensión e implica una dejación del derecho, el cual no podrá ejercitarse en el futuro [116].

Si hubiera varias partes interesadas, la reglamentación nacional estatuye —siguiendo a la ley española de procedimiento administrativo— [117] que el desistimiento o la renuncia de una o alguna de ellas no gravitará sobre las otras, respecto de las cuales proseguirá el trámite del expediente [118]. Tampoco el desistimiento o la renuncia producen sus efectos propios cuando "se pudiere llegar a afectar de al-

112 LNPA, art. 1°, inc. e), ap. 9°, *in fine*.

113 CASSAGNE, Juan C., "Los plazos en el procedimiento administrativo", ED, t. 83, pág. 897 y sigs.; HALPERIN, David A., "El carácter obligatorio de los plazos en el procedimiento administrativo", en *Régimen de la Administración Pública*, nro. 16, pág. 27 y sigs. En contra: HUTCHINSON, Tomás, *op. cit.*, pág. 14.

114 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, pág. 411.

115 Art. 67 del RLNPA.

116 El art. 68 del RLNPA prescribe: "El desistimiento del derecho en que se fundó una pretensión impedirá promover otra por el mismo objeto y causa".

117 Arts. 92 y 96 de la Ley de Procedimiento Administrativo de España del año 1958, modificada por la ley del 2 de diciembre de 1963.

118 RLNPA, art. 69.

gún modo el interés administrativo o general", lo cual requiere siempre una "decisión fundada" y, en tal caso, beneficia, inclusive, a los interesados que hubieran desistido o renunciado [119].

En particular, el desistimiento del procedimiento cuando se refiera a los trámites de un recurso produce, como efecto especial, la firmeza del acto que se ha impugnado [120]. Es decir, opera con alcance retroactivo. Ello si bien impide promover un nuevo recurso, no implica abdicar de la posibilidad de plantear nuevamente la pretensión a través de una denuncia de ilegitimidad.

El RLNPA prescribe que la formulación del desistimiento y de la renuncia deben ser fehacientes [121] lo que en nuestro concepto significa que este modo anormal de conclusión del procedimiento administrativo no admite la forma tácita.

Al propio tiempo, corresponde destacar que ni el desistimiento del procedimiento ni la renuncia se configuran sólo con la declaración del interesado, requiriéndose en todos los casos, el dictado de un acto administrativo expreso [122] que declare clausurado el procedimiento.

119 Art. 70 del RLNPA.
120 Art. 67, *in fine*, del RLNPA.
121 Art. 66 del RLNPA.
122 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *op. cit.*, t. II, págs. 412-413.

CAPÍTULO VI

EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN EN PARTICULAR (RECURSOS, RECLAMACIONES Y DENUNCIAS)

SUMARIO

Sección 1ª

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

1. Concepto de recurso administrativo. Diferencias con la reclamación y la denuncia.
2. Naturaleza jurídica del recurso administrativo.
3. Recursos administrativos y recursos o acciones contencioso-administrativas. La decisión en el recurso administrativo no tiene substancia jurisdiccional.
4. Legitimación para promover recursos administrativos.
5. Actos impugnables mediante recursos administrativos.
6. Requisitos formales y sustanciales exigidos para la interposición de recursos administrativos.
7. Fundamentación de los recursos administrativos.
8. Efectos de los recursos administrativos.
9. Apertura a prueba.
10. La decisión sobre el recurso promovido.

Sección 2ª

EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

1. Concepto. Su naturaleza y caracteres fundamentales.
2. Actos contra los cuales procede.
3. Órgano ante el cual se deduce el recurso de reconsideración. Plazo para interponerlo.
4. Los recursos no calificados deben reputarse de reconsideración.
5. Resolución del recurso: plazo. Denegatoria tácita.
6. Lo atinente a la posibilidad de interponer reconsideración contra los actos definitivos que agoten la vía administrativa.

Sección 3ª

EL RECURSO JERÁRQUICO

1. Concepto y fundamento del recurso jerárquico.
2. Órgano ante el cual se presenta el recurso jerárquico; plazo.
3. Requisitos de carácter objetivo inherentes a su interposición.
4. Continuación: requisitos de carácter subjetivo.
5. Trámite: Intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación. Lo atinente a la "mejora del recurso jerárquico".
6. Plazo para resolverlo. La decisión y la denegatoria tácita.

Sección 4ª

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS CONCERNIENTES A LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS Y A OTRAS FORMAS JURÍDICAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL

1. Introducción.
   A) La idea de tutela como fundamento de los recursos administrativos y su actual extensión.
   B) El recurso de alzada (propio); características generales y reglas aplicables.
2. Los fundamentos del recurso: control de legitimidad y de oportunidad, mérito o conveniencia. Alcance de la decisión.

Sección 5ª

EL RECURSO DE REVISIÓN

1. Antecedentes del recurso de revisión en sede administrativa.
2. Carácter y fundamento del recurso de revisión.
3. Su regulación por ley o reglamento.
4. Procedencia del recurso de revisión. Causales que lo justifican.
5. Plazo dentro del cual debe interponerse y órgano que lo resuelve.

Sección 6ª

OTRAS VÍAS ADMINISTRATIVAS (QUEJA, ACLARATORIA, RECTIFICACIÓN Y DENUNCIA DE ILEGITIMIDAD)

1. La queja. Concepto y naturaleza jurídica.
2. Órgano ante el cual se presenta. Trámite de la queja.
3. La aclaratoria ¿Es un recurso administrativo?
4. Causales que tornan procedente su articulación. Reglas que rigen en la tramitación.
5. Rectificación de errores materiales.
6. La denuncia de ilegitimidad. Concepto y requisitos para su procedencia.

CAPÍTULO VI

EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN EN PARTICULAR (RECURSOS, RECLAMACIONES Y DENUNCIAS)

Sección 1ª

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

1. CONCEPTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. DIFERENCIAS CON LA RECLAMACIÓN Y LA DENUNCIA

Como se ha visto el recurso es toda impugnación, en término, de un acto o reglamento administrativo que se dirige a obtener, del órgano emisor del acto, el superior jerárquico u órgano que ejerce el control de tutela, la revocación, modificación o saneamiento del acto impugnado [1].

Lo esencial del recurso administrativo consiste en que se trata de un acto de impugnación de un acto o reglamento administrativo anterior, que da lugar a un nuevo procedimiento [2] que posee carácter administrativo, desde el punto de vista material. Esto es así porque su resolución se canaliza a través de la emisión de un nuevo acto que traduce la función administrativa (en sentido material u objetivo) por parte de un órgano del Estado.

1 ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, pág. 254, Buenos Aires, 1973; GARRIDO FALLA, Fernando, *Régimen de Impugnación de los Actos Administrativos*, pág. 288, Madrid, 1956; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, págs. 470-471, Montevideo, 1973.

2 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*, pág. 705, Madrid, 1977; *id., Manual...*, pág. 559.

Si bien la tendencia de los ordenamientos positivos se inclina por la regulación del procedimiento recursivo ante los órganos de la Administración Pública, nada impide aplicar la mayor parte de los principios y reglas a las impugnaciones que se planteen ante los órganos Legislativo y Judicial que constituyan, por su sustancia, actos de naturaleza administrativa (v.gr., recurso deducido por un empleado a raíz de una sanción disciplinaria).

A diferencia de los recursos, las meras reclamaciones no son, en principio, medios para impugnar actos administrativos. Se trata de articulaciones que pueden o no tener contenido jurídico que presenta el administrado en ejercicio del derecho de peticionar ante las autoridades administrativas (art. 14, Const. Nac.) tendientes a obtener el dictado de un acto favorable o provocar el ejercicio de la potestad revocatoria *ex officio* que, en algunos supuestos, puede ejercer la Administración, aun cuando no hubiera un recurso administrativo formalmente planteado.

Las meras reclamaciones también se distinguen de los recursos en que, en principio, la Administración no se encuentra obligada a tramitarlas ni a dictar resolución definitiva, salvo en aquellos casos en que el titular poseyere un derecho subjetivo, que tuviera su fuente en la ley, reglamento, acto o contrato administrativo.

Al lado de las meras reclamaciones se hallan las reclamaciones regladas, donde aun cuando no se impugna un acto administrativo (v.gr., la queja) la Administración tiene el deber de tramitarlas.

Un capítulo aparte corresponde asignar a aquellas reclamaciones o "reclamos" reglados que constituyen un procedimiento previo para la habilitación de la instancia judicial, tales como la reclamación administrativa previa y el reclamo impropio que se exige para impugnar reglamentos en sede judicial [3]. En realidad, son recaudos procesales de la acción o del recurso contencioso-administrativo, no participando de la naturaleza de las meras reclamaciones administrativas ni de aquellas que se encuentran regladas; aunque no pertenecen a las vías recursivas, estos "reclamos" pueden también tener por objeto la impugnación de un acto administrativo en forma directa o indirecta, si se reclamaren, por ejemplo daños y perjuicios.

[3] Arts. 30 y siguientes (con las reformas de la ley 25.344) y art. 24, inc. a), respectivamente. Por las razones que damos en el texto nos parece más apropiado denominar a estos medios "reclamos" y no "reclamaciones", no obstante reconocer que, en la práctica, se usan indistintamente ambos conceptos.

A su vez, la denuncia administrativa, que a diferencia de los recursos y las reclamaciones puede formular el portador de un interés simple, consiste en el acto por cuyo mérito un particular pone en conocimiento del órgano administrativo la comisión de un hecho ilícito o la irregularidad de un acto administrativo o reglamento, sin que exista obligación de tramitarla ni de decidirla por parte de la Administración Pública.

Puede ocurrir, no obstante, que una vez acogida la denuncia el administrado posea un verdadero poder jurídico para que la misma se tramite como recurso. Es lo que acontece con la llamada "denuncia de ilegitimidad" que se encuentra reglada en el ordenamiento positivo nacional [4].

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

Tratándose de una declaración de voluntad del particular que produce efectos jurídicos respecto de la Administración y las demás personas legitimadas en el procedimiento, es evidente que el recurso administrativo es un acto jurídico y no un derecho [5]. No debe confundirse, pues, el derecho de recurrir que es emanación conjunta del derecho de peticionar a las autoridades y de la garantía de la defensa trasladada al plano administrativo, con su manifestación concretada en el acto por el cual se recurre. Este último es el recurso, siendo su verdadera naturaleza la de un acto de Derecho Público [6].

Desde otro punto de vista, se ha sostenido que el recurso constituye también un medio de defensa del administrado [7] atribuyendo al recurso administrativo una naturaleza jurídica afín con las corrientes procesalistas. Pero no obstante que el recurso administrativo cumple también esa función instrumental, su esencia o naturaleza jurídica es la de un acto jurídico de Derecho Público y por tal causa el derecho positivo ha reglamentado, en los distintos países, los recaudos formales y sustanciales inherentes a la interposición de esa declaración de voluntad del particular o administrado.

4 LNPA, con las modificaciones de la ley 21.686, art. 1°, inc. e), ap. 6°.

5 Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.*, pág. 704.

6 Cfr. DIEZ, Manuel M., *El Acto Administrativo*, pág. 95, Buenos Aires, 1961.

7 Cfr. SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 471, Montevideo, 1963; entre nosotros, Fiorini dice que los "recursos administrativos son normas procesales que reglan las vías que tiene el administrado para promover instancias administrativas a fin de que la Administración actúe con justicia..." (*Derecho Administrativo*, t. II, pág. 409, Buenos Aires, 1976), confundiendo así las normas de procedimiento que lo reglan con el acto jurídico por el cual se promueve un recurso administrativo.

3. RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y RECURSOS O ACCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS. LA DECISIÓN EN EL RECURSO ADMINISTRATIVO NO TIENE SUSTANCIA JURISDICCIONAL

El recurso administrativo constituye una parte del procedimiento administrativo y al pertenecer a la función administrativa, en sentido material u objetivo, se rige por los principios inherentes a dicha función. Los recursos contencioso-administrativos —al igual que las acciones de ese carácter— se ubican en el proceso judicial de esa especie, cuyas controversias debe resolver, en nuestro país, el llamado Poder Judicial.

Estos recursos o acciones contencioso-administrativas se tramitan según las reglas de la función jurisdiccional, siendo una de las más importantes, la de la cosa juzgada.

Entre un tipo y otro de recurso existen los llamados recursos jurisdiccionales ante la Administración, que sólo se admiten por vía excepcional cuando la ley hubiera atribuido, por razones de idoneidad técnica, el juzgamiento de ciertas causas a tribunales administrativos (v.gr., Tribunal Fiscal de la Nación) o a los entes reguladores [8] siempre que el Poder Judicial conserve el control de la decisión final de la controversia.

Sin embargo, los recursos jurisdiccionales ante la Administración, aun cuando poseen ciertas características peculiares, no son recursos administrativos, participando del régimen de los recursos contencioso-administrativos o de las acciones de esta naturaleza. Por tal causa, la decisión en esta clase de recursos constituye el equivalente de la sentencia judicial.

De esa manera, mientras la decisión que se adopte en un recurso administrativo de reconsideración puede revocarse siempre en beneficio del administrado, ello no puede acontecer en el caso de los recursos que se promueven para excitar la función jurisdiccional, donde las resoluciones que decidan las pertinentes controversias se encuentran alcanzadas por el principio de la cosa juzgada, además de otras importantes diferencias (v.gr., imposibilidad de la avocación).

Por tal causa, la decisión que se adopte en un recurso administrativo, no posee sustancia jurisdiccional, como lo sostienen algunos

[8] Configurándose, en tales casos, una jurisdicción primaria administrativa; véase sobre esta cuestión HUICI, Héctor, "La actividad jurisdiccional de los entes reguladores", LL, diario del 29-III-1996, pág. 4.

autores [9] sino que tiene una naturaleza materialmente administrativa [10], de lo cual se deriva que mientras un recurso contencioso-administrativo debe motivarse exclusivamente en consideraciones jurídicas inherentes a la ilegitimidad, el recurso administrativo puede apoyarse en meras razones de oportunidad [11].

4. LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER RECURSOS ADMINISTRATIVOS

La interposición de un recurso administrativo requiere que quien lo promueva tenga una aptitud específica que le permita ser parte en el procedimiento declarativo de impugnación.

Debe, en consecuencia, poseer una legitimación previa, singularizada en la invocación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Se trata de un recaudo que hace a la seriedad inicial del recurso por cuya razón la Administración debe juzgar el cumplimiento de este requisito en forma amplia, habida cuenta de que al resolver el recurso, decidirá la cuestión de fondo planteada.

Esta interpretación encuentra apoyatura en el ordenamiento positivo nacional, en cuanto se prescribe que los recursos pueden deducirse por quienes "aleguen" un derecho subjetivo o un interés legítimo [12].

Para apreciar esa amplitud no hay que olvidar tampoco que si bien el recurrente es quien promueve el recurso, el mismo no es técnicamente una "parte contraria" sino un "colaborador" de la función administrativa que ayuda a la Administración a imponer la legitimidad (legalidad y justicia) propia del Estado de Derecho [13].

5. ACTOS IMPUGNABLES MEDIANTE RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Los actos susceptibles de ser impugnados mediante recursos administrativos son aquellos que operan sus efectos directamente fuera del plano interno de la Administración afectando los dere-

9 BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. V, pág. 135; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, págs. 646-649; PEARSON, Marcelo M., *op. cit.*, pág. 18 y sigs., Buenos Aires, 1976.

10 Es la opinión mayoritaria en la doctrina: WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, pág. 195 y sigs., especialmente, pág. 196 (nro. 321), donde destaca el interés de la distinción, 9ª ed., Paris, 1963; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, t. I, pág. 171; DROMI, José R., *Instituciones de Derecho Administrativo*, págs. 517-518, Buenos Aires, 1971.

11 BENOIT, Francis P., *Le Droit Administratif Français*, pág. 374, Toulouse, 1968.

12 Art. 74 del RLNPA, aprobado por dec. 1759/72, con las modificaciones del dec. 3700/77.

13 Cfr. PEARSON, Marcelo M., *op. cit.*, pág. 45, Buenos Aires, 1976.

chos o intereses legítimos de los particulares, aun cuando su alcance sea general.

En cambio, los llamados actos internos o inter-orgánicos tales como las medidas preparatorias de las decisiones administrativas [14] no son recurribles, ya que los mismos no repercuten directamente en la esfera jurídica de los administrados.

Como los reglamentos administrativos no repercuten directamente sobre los particulares sino a través de un acto administrativo concreto de aplicación, sólo pueden ser recurridos en aquellos casos en que el órgano administrativo le hubiese dado o comenzado a dar aplicación [15].

De lo contrario, es decir en los supuestos en que un reglamento no hubiese sido aplicado por la Administración, puede el particular, en el procedimiento positivo nacional, interponer un reclamo administrativo impropio previo a la demanda judicial [16].

6. REQUISITOS FORMALES Y SUSTANCIALES EXIGIDOS PARA LA INTERPOSICIÓN DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS

La deducción de recursos administrativos hállase sometida a un conjunto variado y abundante de formalidades y recaudos exigidos con miras a que la Administración pueda ejercitar adecuadamente sus poderes de control o fiscalización. Pero no todos los requisitos son de carácter formal ni poseen la misma trascendencia para la marcha del trámite administrativo.

Existen ciertos requisitos que prácticamente configuran la existencia de un recurso administrativo y ellos son:

[14] El art. 80 de la Reglamentación Nacional prescribe la irrecurribilidad aun cuando se trate de informes y dictámenes de requerimiento obligatorio y efecto vinculante.

[15] Cfr. art. 73 del RLNPA, Canosa ha puntualizado que, de otra manera, la reforma introducida a este artículo por el dec. 1883/91 carecería de sentido (*op. cit.*, págs. 99-100); ver también el lúcido trabajo de GAMBIER, "La impugnación directa de los reglamentos en sede administrativa en un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación", REDA, nro. 2, pág. 485, Buenos Aires, 1985.

[16] Art. 24, inc. a), de la LNPA; para este reclamo impropio contra normas generales no existe plazo de interposición, tratándose de una acción tendiente a la defensa de la legalidad objetiva, sin perjuicio de la legitimación que como requisito de seriedad del recurso o acción debe exigirse al particular que impugna el reglamento.

El dec. 1883/91 agregó una frase al art. 73 del RLNPA ratificando la improcedencia de la utilización de los recursos en forma directa y recordó que dicha improcedencia es tal, sin perjuicio de la facultad de interponer el reclamo impropio. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., "La impugnación de actos administrativos de alcance general", ED, t. 148, pág. 853.

a) La indicación del acto que se recurre y consecuente declaración precisa de impugnarlo a fin de obtener el dictado de un acto de la Administración que lo revoque, modifique o derogue, según los casos [17].
b) Su redacción por escrito sin importar el medio empleado [18].
c) La firma del recurrente o su apoderado [19] indicando el nombre, apellido y domicilio real del recurrente [20].

Aunque las formalidades y recaudos que se requieren son numerosos [21], el RLNPA, acogiendo el principio del informalismo, determina que cuando se advierta alguna deficiencia formal hay que intimar al recurrente a subsanarla [22].

7. FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Pese a que los recursos pueden fundarse tanto en razones inherentes a la legitimidad del acto impugnado como a la oportunidad, mérito o conveniencia, no se requiere, en el ordenamiento nacional, que la interposición de los mismos sea fundada, bastando con una simple relación de los hechos [23].

Por excepción, algunos cuerpos normativos requieren, en forma expresa, la fundamentación respecto de ciertos recursos administrativos, como el jerárquico y el de reconsideración [24].

8. EFECTOS DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Como ya se ha visto al abordar el estudio de los caracteres del acto administrativo, el tema de los efectos de la interposición de los

17 El RLNPA exige en el art. 16, inc. c) que la petición se concrete "en términos claros y precisos".

18 Los recursos pueden interponerse mediante el envío de telegramas y así lo prescribe expresamente el art. 15, segundo párrafo, *in fine* del RLNPA.

19 Art. 16, inc. e), del RLNPA.

20 Si bien el art. 16, inc. a), del RLNPA exige además los datos de identidad y la constitución de domicilio especial, tales recaudos no son exigidos por la práctica administrativa y en todo caso, pueden ser cumplidos *a posteriori*.

21 El art. 77 del RLNPA prescribe que la interposición de recursos administrativos deberá ajustarse a los recaudos y formalidades indicados en el art. 15 y sigs. "en lo que fuere pertinente".

22 Sólo en el caso de que no la subsane dentro del plazo perentorio que se le fija, la Administración puede desestimar el recurso (cfr. art. 77 del RLNPA).

23 Art. 16, inc. b), del RLNPA.

24 Buenos Aires, arts. 89, 90 y 92; Córdoba, arts. 77 y 79.

recursos se encuentra estrechamente conectado al reconocimiento del principio de la ejecutoriedad del acto administrativo.

El principal efecto que produce la presentación de un recurso administrativo es la suspensión o interrupción del curso de los plazos del procedimiento, máxime cuando se precisare tomar vista del expediente [25] lo cual no obsta a la ejecución del acto impugnado.

De ese modo, cuando el particular interesado tuviera la necesidad de tomar vista de las actuaciones se suspende, durante el tiempo que le conceda la Administración, el plazo para recurrir [26]. Cabe aclarar, también, que la suspensión se opera en forma instantánea y automática en el momento en que el administrado presente la petición de vista de las actuaciones [27].

En principio, a fin de respetar el carácter de ejecutoriedad propio de los actos administrativos, la promoción de recursos no tiene por consecuencia la suspensión de los efectos del acto [28].

El efecto no suspensivo de los recursos no impide que el administrado pueda requerir la suspensión de los efectos del acto, tanto en sede administrativa como en la judicial.

En sede administrativa, más que los supuestos en que el particular puede peticionar la suspensión (cuya nómina es amplia) interesa determinar aquellos otros que provocan —en forma obligatoria para la Administración Pública— ese efecto suspensivo. En general, ese efecto suspensivo se opera obligatoriamente para la autoridad administrativa en dos casos:

a) Cuando la norma expresamente lo dispone [29].

b) Si se alegare una ilegalidad [30] o nulidad manifiesta [31].

9. APERTURA A PRUEBA

Como corolario del derecho de defensa, el administrado posee verdadero poder jurídico para exigir la apertura a prueba de las ac-

25 Cfr. art. 1°, inc. e), ap. 7° de la LNPA.

26 Así lo prescribe el art. 76 del RLNPA.

27 Art. 76 del RLNPA.

28 CASSAGNE, Juan C., "La suspensión del acto administrativo como consecuencia de la interposición de un recurso en sede administrativa", ED, t. 41, pág. 997.

29 El art. 12 de la LNPA, prescribe que "la fuerza ejecutoria del acto administrativo impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa disponga lo contrario".

30 La Pampa, art. 55, *in fine* y art. 93.

31 CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, 2ª ed., pág. 347.

tuaciones a fin de producir la que hubiera ofrecido [32]. Pero la Administración también tiene esa prerrogativa de oficio para lograr el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva, cuando estimare que las constancias y elementos arrimados a las actuaciones no alcanzan para desentrañar la verdadera o real situación práctica [33].

Producida la prueba, la parte interesada posee el derecho de alegar acerca de la misma dentro del plazo que fija la reglamentación [34] decayendo tal derecho en caso de no presentar el correspondiente alegato.

10. LA DECISIÓN SOBRE EL RECURSO PROMOVIDO

La decisión de un recurso administrativo aparece conectada a la naturaleza jurídica del acto impugnado, pues según sea ésta, procederá un tipo u otro de resolución.

En efecto, no es lo mismo extinguir un acto administrativo que un reglamento ya que mientras el primero se revoca (por ilegitimidad o conveniencia) el reglamento debe ser objeto de derogación (total o parcial).

Tratándose de un acto administrativo, la decisión que se adopte a raíz de la promoción de un recurso en sede administrativa puede comprender tanto la revocación, modificación o sustitución como la ratificación o confirmación del acto impugnado [35], o bien, el rechazo o desestimación del recurso.

Lo mismo ocurre en materia de impugnación administrativa de reglamentos, con la diferencia que, de proceder la extinción de un acto de alcance general, el medio técnico se denomina "derogación" [36] en vez de revocación [37].

32 LNPA, art. 1°, inc. f), ap. 2°.

33 Art. 78 del RLNPA.

34 En este caso, el RLNPA prescribe un plazo diferente para los recursos que respecto de otros tipos de procedimientos, limitando a cinco (5) días el término para alegar (cfr. art. 79 del RLNPA).

35 Art. 82 del RLNPA.

36 Si bien la norma del RLNPA no menciona la modificación ni la ratificación o confirmación, es evidente que tales figuras resultan aplicables por extensión también a la decisión de los recursos administrativos contra reglamentos (art. 83 del RLNPA).

37 La distinción no es intrascendente dado que la derogación debe respetar la igualdad de todos los administrados frente a las normas generales, mientras la revocación extingue o modifica el acto en relación a un administrado concreto. Así, el régimen de publicidad de ambas difiere notoriamente.

Sección 2ª

EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

1. CONCEPTO. SU NATURALEZA Y CARACTERES FUNDAMENTALES

El recurso de reconsideración es aquel que se deduce ante la propia autoridad que ha dictado el acto administrativo o reglamento a fin de que lo revoque, derogue o modifique, según sea el caso, por contrario imperio.

Este recurso ha recibido las más variadas designaciones, tanto en nuestro país como en el derecho comparado, habiéndoselo denominado indistintamente "recurso de revocatoria", "recurso de reposición", o bien "recurso de reconsideración". Este último concepto es el correcto pues, aparte de que técnicamente no podría utilizarse la expresión "recurso de revocatoria" para impugnar un reglamento (ya que sólo se revocan los actos administrativos), lo cierto es que la actividad del órgano que decide el recurso consiste en volver a considerar la legitimidad u oportunidad del acto a raíz de la impugnación que formula el administrado.

Se trata de un recurso administrativo de carácter ordinario [38] y optativo [39], en el sentido que el particular que impugna no está obligado a deducirlo para agotar las llamadas instancias administrativas ni es un presupuesto para la procedencia de otros recursos que promueva ante la Administración.

En el ordenamiento nacional, a diferencia de lo que acontece en otros países como España [40], el recurso de reconsideración no constituye un presupuesto previo para la habilitación del recurso o acción contencioso-administrativa.

El recurso de reconsideración obliga al órgano administrativo a resolverlo y, en el derecho positivo nacional, cuando es interpuesto contra actos definitivos o asimilables a ellos, lleva implícitamente el recurso jerárquico en subsidio [41].

[38] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, pág. 804, Madrid, 1977.

[39] Cfr. PEARSON, Marcelo M., *Manual de Procedimiento Administrativo*, pág. 71, Buenos Aires, 1976.

[40] Si bien se reconoce que las numerosas excepciones que introduce el art. 53 de la ley española restan generalidad a la regla (cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.*, pág. 804).

[41] Art. 88 del RLNPA.

2. ACTOS CONTRA LOS CUALES PROCEDE

Procede tanto contra los actos definitivos [42] o aquellos que sin tener ese carácter impidan totalmente el trámite de la impugnación (actos asimilables) como también con respecto a los actos interlocutorios o de mero trámite [43], siempre que se afecte un derecho subjetivo o un interés legítimo del administrado [44].

3. ÓRGANO ANTE EL CUAL SE DEDUCE EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. PLAZO PARA INTERPONERLO

Tratándose de una verdadera "reposición" [45], en el sentido que la autoridad que emitió el acto impugnado recobra, por imperio del recurso, su competencia para volver a considerar los hechos y antecedentes del acto recurrido, el RLNPA estatuye que el recurso debe promoverse ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo que se recurre [46].

¿Quién resuelve el recurso de reconsideración cuando el acto se hubiere dictado por delegación? Al respecto, la Reglamentación Nacional prescribe que si el acto administrativo o reglamento hubiera sido dictado por delegación el recurso de reconsideración debe ser resuelto por el órgano delegado, sin perjuicio de la facultad de avocarse que posee el delegante [47]. ¿Pero qué ocurre si la delegación hubiere cesado? En tal caso corresponde distinguir dos situaciones: a) si al tiempo de promoverse el recurso la delegación había cesado, la resolución del mismo compete al delegante [48] y b) si el cese de la delega-

42 Acto definitivo es aquel que resuelve el fondo de una cuestión poniendo fin al procedimiento. HALPERIN, David A. - CATTANI, Horacio R., "El recurso de reconsideración en el procedimiento administrativo nacional", trabajo publicado en la *Revista AIKH*, nro. 1, pág. 55.

43 HALPERIN, David A. - CATTANI, Horacio R., *op. cit.*, pág. 55; estos autores distinguen los actos interlocutorios de los de mero trámite aplicando certeramente —por analogía— los principios que estatuye el Código Procesal Civil de la Nación (art. 106 del RLNPA). De tal suerte, actos interlocutorios serían aquellos que requieren sustanciación para resolver la cuestión planteada durante el curso del procedimiento (art. 616 del CPCCN) mientras que los actos de mero trámite serían aquellos que, sin sustanciación, tienden al desarrollo del proceso u ordenan actos de ejecución (art. 160, CPCCN).

44 Arts. 3° y 84 del RLNPA.

45 ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, pág. 306, Buenos Aires, 1973.

46 Art. 84 del RLNPA.

47 Art. 85, 1ª parte, del RLNPA.

48 Art. 85, 2ª parte, del RLNPA.

ción se opera después de promovido el recurso (argumento *a contrario sensu*) este último debe ser resuelto por el delegado [49].

4. LOS RECURSOS NO CALIFICADOS DEBEN REPUTARSE DE RECONSIDERACIÓN

Suele acontecer que, al interponer un recurso, el administrado no lo califique expresamente. En tal supuesto, como no es dable presumir la renuncia del administrado a la instancia que implica la posibilidad de una reconsideración por parte del órgano que dictó el acto impugnado, el recurso debe acogerse como de "reconsideración". De este modo, la solución antedicha aparece congruente con la vigencia de la garantía de la defensa y así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación [50] antes y después de la sanción de la Reglamentación Nacional.

5. RESOLUCIÓN DEL RECURSO: PLAZO. DENEGATORIA TÁCITA

De acuerdo a lo estatuido en el RLNPA el órgano competente tiene el deber de resolver el recurso dentro de los treinta (30) días desde que fuera interpuesto o, en su caso, de la presentación del alegato o del vencimiento del plazo para hacerlo si se hubiera recibido prueba [51].

El acto que resuelva la impugnación puede desestimar el recurso, ratificar o confirmar el acto impugnado, o bien revocar, sustituir o modificar el acto recurrido [52].

La omisión de expedirse dentro del plazo reglamentario por parte del órgano que debe resolver el recurso de reconsideración permite al administrado darlo por denegado en forma tácita, sin que sea necesario el requerimiento de pronto despacho [53].

49 Cfr. HALPERIN, David A. - CATTANI, Horacio R., *op. cit.*, pág. 56.

50 *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 126, pág. 109, t. 135, pág. 244, cit. por Halperín - Cattani, en el artículo mencionado precedentemente.

51 Art. 86 del RLNPA.

52 Por aplicación de lo dispuesto en el art. 82 del RLNPA. Esta norma resulta aplicable por la remisión expresa que efectúa el art. 84, *in fine*.

53 Art. 87 del RLNPA, con la reforma introducida por el dec. 3700/77. Esta última prescribió que no era necesario el requerimiento de pronto despacho para la configuración de este tipo especial de silencio administrativo.

Por tratarse de un derecho a favor del administrado, éste posee la facultad de aguardar el lapso que estime oportuno (después de transcurridos los treinta [30] días que estatuye el Reglamento) para dar por configurada la denegatoria tácita en tanto la Administración no se pronuncie en forma expresa [54].

6. LO ATINENTE A LA POSIBILIDAD DE INTERPONER RECONSIDERACIÓN CONTRA LOS ACTOS DEFINITIVOS QUE AGOTEN LA VÍA ADMINISTRATIVA

Una vez que dentro del procedimiento administrativo se dicta un acto, de oficio o a petición de parte, que causa estado o agota las instancias administrativas (v.gr. dec. del Poder Ejecutivo Nacional o resolución ministerial que resuelve un recurso jerárquico) el administrado se encuentra frente a la posibilidad de ejercer la opción de promover la acción judicial o bien —lo cual no implica abdicar de su ejercicio futuro— plantear en sede administrativa el recurso de reconsideración o el de revisión previsto en el art. 22 de la LNPA [55].

En el caso de que el acto definitivo fuera un decreto del Poder Ejecutivo Nacional que se dictare *inaudita parte*, el interesado se encuentra habilitado para deducir el recurso de reconsideración previsto en el art. 84 del RLNPA, pudiendo, a su vez, contra la resolución denegatoria, interponer una nueva reconsideración, con fundamento en lo prescripto en el art. 100 de dicho Reglamento [56].

El efecto fundamental que provoca la interposición del recurso de reconsideración contra un acto definitivo que agota las instancias administrativas es la suspensión del curso de los plazos para demandar directamente al Estado en sede judicial (sin reclamación administrativa previa) establecidos en el art. 25 de la LNPA [57].

54 HALPERIN, David A. - CATTANI, Horacio R., *op. cit.*, pág. 56; *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 124, pág. 289.

55 Art. 100 del RLNPA.

56 HALPERIN, David A. - CATTANI, Horacio R., *op. cit.*, pág. 56.

57 Art. 100, *in fine* del RLNPA.

Sección 3ª

EL RECURSO JERÁRQUICO

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL RECURSO JERÁRQUICO

De todos los recursos administrativos, el denominado recurso jerárquico [58] es, sin duda, el de mayor trascendencia jurídica ya que precisamente reposa en una combinación de fundamentos que tienden a conjugar los principios de legitimidad y de eficacia administrativa, con la unidad de acción que debe presidir la actividad de la Administración Pública.

En España, a diferencia de lo que acontece en el derecho italiano y en el francés, se lo conoce con el nombre de recurso de alzada, el cual constituye el recurso ordinario gubernativo de mayor importancia [59].

Dado que este recurso tiene por objeto provocar el ejercicio de la potestad jerárquica y teniendo en cuenta que esta última es de naturaleza típicamente "administrativa" e integra la llamada zona de reserva del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 1° de la Const. Nac.), su regulación es materia de reglamento autónomo y no de ley formal [60].

La mayoría de la doctrina define el recurso jerárquico como aquel que promueve el administrado ante el superior jerárquico del órgano que dictó la resolución que se impugna [61]. Pero si el objeto esencial del recurso es poner en juego el control de legitimidad y de oportunidad por parte del jerarca para que toda la actividad admi-

58 Entre la extensa bibliografía nacional y comparada puede citarse: BIELSA, Rafael, *El Recurso Jerárquico*, Buenos Aires, 1958; PEARSON, Marcelo M., *Del Recurso Jerárquico*, Buenos Aires, 1954; FIORINI, Bartolomé A., *Recurso Jerárquico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963; SORCABURU, Aníbal E., "El recurso jerárquico en la República Argentina", RADA, nro. 4, pág. 57 y sigs.; ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, pág. 319 y sigs., Buenos Aires, 1973; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los Recursos Administrativos*, Madrid, 1960; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, pág. 144 y sigs., Madrid, 1963; HEREDIA, Horacio, "Recurso Jerárquico", en *Acto y Procedimiento Administrativo*, pág. 165 y sigs., Buenos Aires, 1975; HERNÁNDEZ, Belisario, "Los recursos administrativos", LL, t. 147, pág. 1290.

59 Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. III, pág. 144.

60 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 659. En los antecedentes del derecho positivo nacional, el recurso jerárquico siempre apareció regulado como reglamento autónomo (v.gr. dec. 7520/44).

61 BIELSA, Rafael, *op. cit.*, pág. 98; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.*, págs. 130-131; DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, t. V, pág. 367, Buenos Aires, 1971; ESCOLA, Héctor J., *op. cit.*, pág. 321.

nistrativa de control se concentre en un solo órgano a fin de propender a la unidad de acción, podría interpretarse que el recurso jerárquico debe ser resuelto (en el orden nacional) por el máximo superior jerárquico de la organización estatal: el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, tratándose de una facultad inherente al ejercicio "de la Administración general del país", que a partir de la reforma constitucional de 1994 le ha sido asignada al Jefe de Gabinete (art. 100, inc. 1°, Const. Nac.), la resolución de los recursos jerárquicos integraría la competencia atribuida a dicho funcionario, incluso si el respectivo acto emanara de un ministro, en virtud de la jerarquía que surge del precepto constitucional citado.

De ese modo, pensamos que la resolución de un recurso jerárquico le correspondería al Jefe de Gabinete. Esta teoría, sin embargo, no ha tenido recepción en la realidad, y aun después de la reforma de 1994 se mantiene la metodología anterior: los sucesivos Presidentes de la Nación han continuado resolviendo por sí los recursos jerárquicos deducidos contra decisiones originarias de los ministros (con la conformidad de la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación), y los recursos interpuestos contra los actos de funcionarios de jerarquía inferior a la de ministro o secretario de la Presidencia son resueltos por los respectivos ministros o secretarios, en virtud de la delegación permanente establecida en el art. 90 del RLNPA.

2. ÓRGANO ANTE EL CUAL SE PRESENTA EL RECURSO JERÁRQUICO; PLAZO

Conforme a lo prescripto en el RLNPA, el recurso jerárquico se presenta ante el órgano administrativo que dictó el acto impugnado dentro del plazo de quince (15) días a partir de la notificación, debiendo ser elevado dentro del término de cinco (5) días, y de oficio, al Ministerio o Secretaría del cual dependa el órgano emisor del acto administrativo pertinente [62].

3. REQUISITOS DE CARÁCTER OBJETIVO INHERENTES A SU INTERPOSICIÓN

No todos los actos pertenecientes al procedimiento administrativo resultan impugnables por vía del recurso jerárquico, que tiene limitada objetivamente la materia recurrible a dos tipos de actos:

62 Art. 90 del RLNPA.

a) actos administrativos de carácter definitivo [63];
b) actos administrativos que sin ser definitivos impidan totalmente la tramitación del recurso o la petición del administrado [64].

¿Qué debe entenderse por acto que impida totalmente la tramitación del recurso o la petición del administrado?

Se trata de actos interlocutorios o de mero trámite que sin ser definitivos ocasionan la imposibilidad total de proseguir el procedimiento [65] o provocan una violación grave y fundamental del debido proceso adjetivo, que no puede ser suplida en oportunidad de la decisión final del recurso [66].

La limitación objetiva de la materia recurrible entraña la improcedencia de impugnar —por la vía del recurso jerárquico— los siguientes actos:

1) actos interlocutorios o de mero trámite;
2) medidas preparatorias de decisiones administrativas, inclusive dictámenes e informes [67];
3) actos de sustancia jurisdiccional provenientes de órganos administrativos, si bien se admite excepcionalmente un control limitado por parte de la Administración activa, siempre que el administrado no hubiere consentido el acto o promovido acciones ante la justicia o recursos administrativos especiales [68];
4) actos inter-administrativos;
5) actos de objeto privado de la Administración, sin perjuicio de la revocatoria que por razones de ilegitimidad o de mérito, oportunidad o conveniencia pueda disponer la autoridad que dictó el acto o el órgano superior, de oficio o a petición de parte. En este último caso, no habiendo recurso reglado en el or-

63 Como señalamos, tienen carácter definitivo aquellos actos que resuelven el fondo de una cuestión por oposición a los actos interlocutorios y a los de mero trámite; respecto de la impugnabilidad judicial de los actos de trámite equiparables a definitivos, véase SORIA, Daniel F., *op. cit.*, pág. 945 y sigs.

64 Art. 89 del RLNPA.

65 ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, pág. 337, Buenos Aires, 1973; FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, pág. 26.

66 V.gr. la denegatoria de una medida de prueba esencial para la dilucidación de una circunstancia de hecho de las actuaciones administrativas o el rechazo *ab initio* del recurso.

67 Art. 80 del RLNPA; véase SANDULLI, Aldo M., *Il Procedimento Amministrativo*, pág. 54, Milán, 1964.

68 Art. 99 del RLNPA; véase al respecto: CELORRIO, Atanasio H., "El recurso jerárquico en materia tributaria", RADA, nro. 3, págs. 49-51, Buenos Aires, 1972. El control se limita —en la norma citada— a los supuestos en que mediare manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación del derecho.

den positivo nacional para recurrir contra estos actos en el ámbito de la Administración, el agotamiento de la instancia administrativa no se halla limitado por plazos con efecto preclusivo;

6) actos institucionales [69].

En lo que concierne a los actos de ejecución y a los actos complementarios de un acto administrativo que fuera definitivo, se admite su recurribilidad en la medida en que la ejecución o complementación signifique la configuración de una nueva situación jurídica [70].

4. CONTINUACIÓN: REQUISITOS DE CARÁCTER SUBJETIVO

La interposición del recurso jerárquico requiere analizar también diversos recaudos y características impuestas en orden a los órganos y sujetos que intervienen en el procedimiento de impugnación correspondiente a este tipo de recurso.

Hallándose en juego la jerarquía, el recurso jerárquico sólo se concibe contra los actos emanados de órganos estatales de la Administración Central, incluyendo también los actos emitidos por órganos desconcentrados [71] que no poseen personalidad jurídica (fenómeno al que un sector doctrinario titula "descentralización burocrática") [72].

En consecuencia, el recurso jerárquico no procede contra actos provenientes de personas públicas no estatales ni tampoco respecto de los actos de entidades descentralizadas, tales como las entidades autárquicas. En este último caso, el recurso tiende a la concreción de la potestad de tutela o control administrativo, llamándose —en el orden nacional— recurso de alzada.

A su vez, también es posible promover el recurso jerárquico en el ámbito de un ente autárquico o descentralizado jurídicamente (para que sea resuelto por el órgano superior de la entidad), conforme a lo prescripto en el art. 93 *in fine*, del RLNPA.

69 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. II, pág. 755 y sigs.; CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, 2ª ed., pág. 165 y sigs.

70 FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, págs. 25-26.

71 RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, pág. 307, Paris, 1977.

72 LUCIFREDI, Roberto - COLETTI, Giuseppe, *Descentramento Amministrativo*, pág. 4, Torino, 1956.

5. TRÁMITE: INTERVENCIÓN DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN. LO ATINENTE A LA MEJORA DEL RECURSO JERÁRQUICO

El ordenamiento positivo vigente en el orden nacional estatuye que cualquiera fuere la autoridad competente [73] para resolver el recurso jerárquico, éste debe tramitar en la sede del Ministerio en cuyo ámbito actúa el órgano que ha dictado el acto administrativo. Sin embargo, la jurisprudencia administrativa considera que el recurso debe tramitarse en la Secretaría de Estado en cuyo ámbito se dictó el acto impugnado [74].

Al propio tiempo —como garantía jurídica adicional— se prescribe la obligatoriedad [75] de requerir el parecer jurídico de la Procuración del Tesoro de la Nación cuando se diera alguno de estos supuestos:

a) El recurso se hubiera interpuesto contra un acto administrativo proveniente de un ministro o secretario de la Presidencia de la Nación;
b) Corresponda establecer jurisprudencia administrativa uniforme;
c) Cuando la índole del interés económico comprometido requiera su atención;
d) Cuando el Poder Ejecutivo Nacional lo estime conveniente para resolver el recurso.

Como en todo recurso, el administrado tiene la carga de fundar su pretensión impugnatoria, pero si se lo hubiera hecho al promover el recurso de reconsideración —que lleva implícito el jerárquico en subsidio— no es necesario fundar nuevamente el recurso jerárquico [76] sin perjuicio de la facultad de ampliar o mejorar este último [77].

73 La norma —art. 92 del RLNPA— tiene en cuenta que el jerárquico puede ser resuelto tanto por el Presidente de la República si el acto emanare de un ministro (hoy, por lo dispuesto en el art. 100, inc. 1° de la Const. Nac., esa competencia pertenece al Jefe de Gabinete) o por el ministro competente en cuya esfera de competencia se desempeña el órgano emisor del acto, mediante la reforma introducida por el dec. 1744/73 al art. 90 del citado Reglamento.

74 Cfr. *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 128, pág. 428, doctrina que se ha reiterado con posterioridad en numerosos precedentes.

75 Art. 92 del RLNPA, modificado por dec. 1883/91.

76 Art. 89 del RLNPA.

77 La norma —art. 88 del RLNPA— prescribe que cuando el recurso de reconsideración hubiera sido denegado —expresa o tácitamente— el particular interesado puede ampliar o mejorar los fundamentos del recurso, dentro de los cinco (5) días de recibidas las actuaciones por el superior.

Es decir que, fuera de la potestad genéricamente reconocida al administrado en todos los procedimientos de impugnación para ampliar la fundamentación de los recursos administrativos antes de su resolución [78], la norma lo faculta —en el recurso jerárquico— a "mejorar" los fundamentos, lo cual lleva consigo la facultad de modificar los términos del planteo original [79].

6. PLAZO PARA RESOLVERLO. LA DECISIÓN Y LA DENEGATORIA TÁCITA

La Reglamentación Nacional estatuye que el plazo para resolver el recurso jerárquico es de treinta (30) días, computables desde que la autoridad que deba dictar la decisión hubiera recibido las actuaciones o —en caso de haberse recibido prueba— desde la presentación del alegato o del vencimiento del plazo para hacerlo [80].

La decisión que se dicte en el recurso jerárquico puede ser expresa o tácita. En este último caso, no se exige que el administrado introduzca un requerimiento de pronto despacho —conforme al art. 10 de la LNPA— para que se produzca la denegatoria tácita por silencio de la Administración. El silencio, al igual que lo que acontece en el recurso de reconsideración no opera automáticamente, siendo un derecho que puede o no invocar al particular interesado.

Sección 4ª

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS CONCERNIENTES A LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS Y A OTRAS FORMAS JURÍDICAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL

1. INTRODUCCIÓN

A) La idea de tutela como fundamento de los recursos administrativos y su actual extensión

El panorama que exhibe el derecho positivo nacional acerca de los recursos administrativos que se han instituido para impugnar

78 Tal como lo prescribe el art. 77 del RLNPA.

79 Cfr. PEARSON, Marcelo M., *op. cit.*, pág. 89.

80 Art. 91 del RLNPA, luego de su modificación por dec. 1883/91. El plazo anterior era de sesenta (60) días.

los actos de las entidades jurídicamente descentralizadas y de las otras formas jurídicas de participación estatal aparece circunscripto por algunas cuestiones previas que requieren ser analizadas, además de los recursos que pueden admitirse en el ámbito de cada una de esas entidades, particularmente aquellas que revisten la condición de persona jurídica pública estatal.

Esas cuestiones se vinculan con cuatro aspectos que serán considerados al abordar cada tipo de recurso, a saber: a) naturaleza o condición jurídica de la entidad; b) admisión o no del control por parte de la Administración Central; c) naturaleza del control y extensión del mismo.

Si bien el fundamento de estos recursos radica en el poder de tutela administrativa —lo cual es indiscutible cuando se trata del control sobre personas jurídicas públicas estatales— ello puede generalizarse en tanto se admita la extensión del concepto clásico de tutela [81] a raíz de la aparición de las sociedades anónimas cuyas acciones, en su totalidad o mayoría suficiente para prevalecer en los órganos de administración y de gobierno, son de propiedad estatal.

En efecto, la naturaleza del control que en estos casos se ejercite por parte de la Administración Central o entidad descentralizada dueña de las acciones conduce a una nueva y remozada proyección del concepto de tutela [82].

Esta especie de control —que procura asegurar el cumplimiento de los fines de la entidad, preservando el bien común— configura —a diferencia del control que dimana de la jerarquía— un poder condicionado o limitado [83] que requiere atribución expresa y que es de interpretación restrictiva.

La idea de tutela en el Derecho Público es radicalmente distinta del concepto reinante en el Derecho Privado (Civil en la especie) en donde se emplea la técnica de la representación de la persona sometida a tutela, en lugar de la fiscalización o sustitución de la voluntad del ente público o privado sobre el cual la Administración ejerce su poder de tutela.

81 CASSAGNE, Juan C., "La extensión del concepto de tutela y control de los actos de las sociedades del Estado", LL, t. 1978-C, sec. doctrina, pág. 717 y sigs.

82 HAURIOU, apuntaba, en 1893, que si bien el término no se ajustaba al Derecho Público era preferible conservarlo puesto que se hallaba consagrado por el uso (*Précis de Droit Administratif*, pág. 437).

83 ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, pág. 337, Buenos Aires, 1973.

La tutela entraña un poder de revisión que ejerce la Administración Central sobre los actos de los órganos superiores de las entidades descentralizadas y de los órganos de administración de las personas privadas estatales (v.gr. sociedades del Estado).

¿Qué tipo de control implica la tutela a través de los recursos administrativos?

En atención a la oportunidad en que se ejercita el control de tutela la doctrina italiana clásica distinguió la tutela preventiva de la represiva [84]. Así, mientras a la técnica de las autorizaciones hay que ubicarla dentro de la tutela preventiva, las aprobaciones corresponden al tipo represivo.

Este último (carácter represivo) es precisamente el tipo de control que ejerce la Administración Central sobre los actos de los órganos superiores de las entidades descentralizadas cuando resuelve los llamados "recursos de alzada".

A partir de la sanción del dec. 1883/91, la regulación positiva en el orden nacional estableció que el recurso de alzada (expresión concreta del "control de tutela") no procedería contra los "actos inherentes a la actividad privada" de las empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado nacional, aunque sí sería procedente contra los actos administrativos de esos entes, cuyo objeto o contenido fuera ajeno a esa actividad, y propio del Derecho Público (conf. art. 4° del dec. 1883/91).

B) El recurso de alzada: características generales y reglas aplicables

Al igual que el recurso jerárquico, el de alzada procede contra actos administrativos definitivos o que impiden totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del recurrente, emanados de un órgano superior de una entidad estatal descentralizada (v.gr. una entidad autárquica) [85] y se interpone para que el Poder Ejecutivo o el ministro competente (si la respectiva facultad se hallare delegada) proceda a revocar, modificar o sustituir, según corresponda, el acto administrativo recurrido. Por esa causa, la doctrina denomina a este medio de impugnación "recurso jerárquico impropio" [86].

84 D'ALESSIO, Francesco, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 371, Torino, 1932.

85 La norma —el art. 94 de la Reglamentación Nacional— se refiere a los entes autárquicos, expresión que debe considerarse como equivalente a la que utilizamos en el texto.

86 GORDILLO, Agustín A., *Procedimiento y Recursos Administrativos*, pág. 433, Buenos Aires, 1971.

La principal característica del recurso de alzada consiste en que se trata de un recurso optativo en el sentido de que el administrado puede elegir el camino de la acción judicial directa, dado que el acto proveniente de un órgano superior de una entidad descentralizada produce —por sí mismo— el agotamiento de la instancia administrativa.

Al respecto, el RLNPA estatuye [87] el principio de que si bien la elección de la vía judicial hace perder la administrativa, la promoción del recurso de alzada no obsta a la posibilidad de desistirlo en cualquier estado del trámite con el objeto de interponer la acción judicial, ni impide que se articule esta última una vez resuelto el recurso administrativo.

Se presenta ante el órgano superior de la entidad estatal descentralizada [88] dentro de los quince (15) días de notificado el acto que se impugna, y debe ser elevado dentro de 5 días y de oficio al ministerio en cuyo ámbito actúe la entidad, quien será el órgano competente para resolverlo [89].

El RLNPA prescribe [90] la aplicación supletoria, a los recursos deducidos en el ámbito de los entes autárquicos —salvo disposición en contrario— de las normas generales establecidas para los distintos recursos previstos en la Reglamentación Nacional, debiendo destacarse, con relación al recurso de alzada, que, si la aplicación requiere previa adaptación de la norma a los principios propios de este recurso no se tratará de supletoriedad sino de analogía.

De este modo resultan aplicables las normas que reglan el recurso jerárquico referidas a:

1) el plazo de treinta (30) días para resolver el recurso desde la recepción de las actuaciones por el órgano superior de la entidad descentralizada, o en su caso, de la presentación del alegato o del vencimiento del plazo para hacerlo, si se hubiera recibido prueba;
2) no es necesaria la petición de pronto mandato para que quede configurado el silencio de la Administración o denegatoria tácita;

87 Art. 95 de la Reglamentación Nacional.

88 Por aplicación de lo dispuesto en el art. 90 de la Reglamentación Nacional, aplicable en virtud de la remisión que efectúa el art. 98 de la misma.

89 En virtud de lo prescripto en el art. 93 del RLNPA (texto conforme a la reforma introducida por el dec. 1744/73).

90 Art. 98 del RLNPA que declara aplicables los arts. 90, primera parte; 91 y 92 del mismo.

3) las normas de trámite del recurso, tales como las que reglan la intervención del servicio jurídico permanente del ministerio y de la Procuración del Tesoro de la Nación.

2. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO: CONTROL DE LEGITIMIDAD Y DE OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA, ALCANCE DE LA DECISIÓN

En la doctrina europea el control de los actos de las entidades estatales descentralizadas que se lleva a cabo al resolver un recurso mediante el poder de tutela administrativa, se limita —por principio general— al examen de la legitimidad del acto, no pudiendo controlar la oportunidad, mérito o conveniencia del mismo [91]. Tampoco se admite la posibilidad de que la decisión en el respectivo recurso pueda disponer la modificación del acto, debiendo limitarse a su aceptación o rechazo [92].

Nuestro país ha establecido —en el orden nacional— un régimen peculiar, vinculando el fundamento del recurso al acto de creación de la entidad descentralizada.

En tal sentido, cuando la entidad descentralizada hubiera sido creada por el Congreso, en ejercicio de sus prerrogativas constitucionales propias (v.gr. universidades) [93] el control se limita al examen acerca de la legitimidad o no del acto impugnado, salvo que la ley autorizara un control amplio. Por el contrario, cuando la entidad fuere creada en ejercicio de una facultad concurrente [94] por el Congreso o por el Poder Ejecutivo, el control abarca también lo atinente a la oportunidad, mérito o conveniencia [95].

En lo que concierne al alcance de la decisión que se adopta en el recurso de alzada, la Reglamentación Nacional mantiene un resabio de la concepción europea al prescribir que dicha resolución "se limitará a revocar el acto impugnado, pudiendo, sin embargo, modificar-

91 VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, pág. 563 y sigs., Paris, 1968; RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, pág. 314, Paris, 1977.

92 BREWER CARÍAS, Allan R., *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*, pág. 151 y sigs., Caracas, 1967.

93 Conforme con la tesis formulada en su momento en nuestro país por Marienhoff.

94 De acuerdo a la tesis de los poderes concurrentes (a falta de norma constitucional expresa o implícita) que propiciamos en nuestro *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 281 y sigs., Buenos Aires, 1977.

95 Art. 97 del RLNPA.

lo o sustituirlo con carácter excepcional si fundadas razones de interés público lo justificaren" [96].

Sección 5ª

EL RECURSO DE REVISIÓN

1. ANTECEDENTES DEL RECURSO DE REVISIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA

Antes de la sanción de la LNPA tanto la doctrina [97] como la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación habían admitido el recurso de revisión, a través de la aplicación analógica del art. 241 de la vieja ley 50.

El argumento principal en que se basó tal interpretación consistió en equiparar los actos del Poder Ejecutivo a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la inteligencia de que ambos tipos de decisión producen el agotamiento de la instancia correspondiente dentro del respectivo ámbito [98]. En tal situación, la doctrina consideró que "la identidad de razón" sustentaba la aplicación analógica de la ley 50 [99], interpretación que se encontraba favorecida por el hecho de admitirse este recurso en el derecho comparado [100].

A diferencia de lo que acontecía en nuestra jurisprudencia administrativa, donde se requería para la procedencia del recurso de revisión que se tratase de un decreto del Poder Ejecutivo, en el derecho español [101] no se prescribe tal exigencia, requiriéndose solamente que se trate de un acto firme en sede administrativa.

96 Es evidente, empero, que la excepción que introduce la última parte del art. 97 del RLNPA abre una amplia brecha para que se lleve a cabo la modificación del acto recurrido.

97 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, págs. 736-737, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.

98 *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 88, pág. 100; t. 94, pág. 288, entre otros.

99 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 736.

100 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, págs. 173-174, Madrid, 1963.

101 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, pág. 836, Madrid, 1977; quien señala que "la distinción entre actos firmes y actos que causan estado adquiere aquí pleno valor, pues no es necesario —para la procedencia de este recurso— que el acto cause estado, bastando que sea 'firme'".

2. CARÁCTER Y FUNDAMENTO DEL RECURSO DE REVISIÓN

Por de pronto interesa poner de resalto que el recurso de revisión —en tanto hace tabla rasa con el principio de la estabilidad del acto administrativo— posee un carácter extraordinario [102]; es por tanto un recurso de excepción, cuya procedencia ha de interpretarse, en caso de duda, en forma restrictiva.

Su fundamento reposa en la idea de justicia en virtud a que los graves motivos en que el mismo se funda justifican el sacrificio del principio de la seguridad jurídica, que excepcionalmente se abandona en aras de la Justicia [103].

3. SU REGULACIÓN POR LEY O REGLAMENTO

En mérito al carácter extraordinario que caracteriza al recurso de revisión y, sobre todo, por el hecho de que implica una importante excepción al principio de la estabilidad el acto administrativo [104] su regulación debe ser materia de una ley y no de reglamento.

Ello es así no sólo por la naturaleza de la materia que regula sino también porque de acuerdo al principio del paralelismo de las formas y a la jerarquía de las normas, no podría —en principio— un reglamento derogar un criterio establecido en una ley.

En el orden nacional, el recurso de revisión, se encuentra regulado —con acierto— en la LNPA [105].

4. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVISIÓN. CAUSALES QUE LO JUSTIFICAN

La LNPA requiere —al igual que su antecedente español— [106] que se trate de un acto firme [107], prescribiendo que podrá pedirse la revisión en los siguientes supuestos:

102 GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. III, pág. 173; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.*, pág. 834.

103 Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.*, pág. 835.

104 Consagrado en los arts. 17 y 18 de la LNPA, con las modificaciones de la ley 21.686.

105 Art. 22 de la LNPA.

106 Art. 127 de la Ley Española de Procedimiento Administrativo.

107 Sobre el concepto de acto firme véase CASSAGNE, Juan C., *El Acto Administrativo*, pág. 397, 2ª ed., Buenos Aires, 1978, y esta misma obra, Título Cuarto, Capítulo VIII, punto 8 f).

a) Cuando resultaren contradicciones en su parte dispositiva, háyase pedido o no su aclaración;
b) Cuando después de dictado se recobraren o descubrieren documentos decisivos cuya existencia se ignoraba o no se pudieron presentar como prueba por fuerza mayor o por obra de tercero;
c) Cuando hubiere sido dictado basándose en documentos cuya declaración de falsedad se desconocía o se hubiere declarado después de emanado el acto;
d) Cuando hubiere sido dictado mediando cohecho, prevaricato, violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta o grave irregularidad comprobada [108].

5. PLAZO DENTRO DEL CUAL DEBE INTERPONERSE Y ÓRGANO QUE LO RESUELVE

Tratándose del supuesto previsto en el inc. a) del art. 22 de la ley 19.549, el recurso de revisión debe promoverse dentro de los diez (10) días de notificado el acto.

En los demás casos, la interposición del recurso de revisión debe llevarse a cabo dentro de los treinta (30) días de recobrarse o hallarse los documentos o del cese de la fuerza mayor u obra de tercero o de acreditarse los hechos citados en los incs. c) y d) del art. 22 de la ley 19.549 [109].

En lo concerniente al órgano que decide el recurso de revisión cabe interpretar, ante el silencio de la ley, que puede ser tanto el órgano que dicta el acto como cualquier instancia jerárquicamente superior, a elección del administrado, pudiendo llegar hasta el Poder Ejecutivo e inclusive, pedir la revisión de los actos de este órgano.

Robustece esta interpretación la circunstacia de que si en el antecedente que le sirvió de fuente se fija en forma clara la competencia de los ministros para resolver el recurso de revisión, cabe suponer que los redactores de la ley argentina —al guardar silencio sobre el punto— quisieron apartarse expresamente del sistema español [110].

108 Art. 22 de la LNPA.
109 Cfr. art. 22, última parte, de la LNPA.
110 Art. 127 de la Ley Española de Procedimiento Administrativo.

Sección 6ª

OTRAS VÍAS ADMINISTRATIVAS (QUEJA, ACLARATORIA, RECTIFICACIÓN Y DENUNCIA DE ILEGITIMIDAD)

1. LA QUEJA. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Con el objeto de corregir los defectos de trámite y particularmente el incumplimiento de los plazos legales o reglamentarios del procedimiento administrativo se le concede al administrado —a través de la queja [111]— la potestad de acudir ante el superior jerárquico inmediato, a efectos de que éste disponga las medidas necesarias para subsanar las anormalidades incurridas en las actuaciones.

Se trata de una vía administrativa [112] que no constituye técnicamente un recurso, en razón de que con ella el administrado no pretende la impugnación de acto alguno [113] en base a un fundamento que se apoya en el principio de economía procesal [114], reconocido por la LNPA [115].

En el procedimiento administrativo la queja cumple una doble función ya que no sólo corrige los defectos de los actos ya dictados sino que también hace posible que el administrado disponga de un remedio frente a la mora de la Administración en cumplir con su deber de dictar el acto administrativo pertinente, con independencia de la facultad del particular de poner en funcionamiento el silencio (denegatoria tácita) o el amparo judicial por la morosidad administrativa [116].

Al no pretenderse con la queja la impugnación de los actos administrativos, la misma constituye una reclamación [117].

111 Art. 71 del RLNPA. La fuente de esta norma es el art. 77 de la Ley Española de Procedimiento Administrativo.

112 PEARSON, Marcelo M., *Manual de Procedimiento Administrativo*, pág. 145, Buenos Aires, 1977.

113 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimientos*, pág. 452, Madrid, 1977.

114 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.*, pág. 453.

115 Art. 1°, inc. b) de la LNPA, con las modificaciones de la ley 21.686.

116 Arts. 10 y 28 de la LNPA, con las modificaciones de la ley 21.686.

117 Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, pág. 164. Coincide con esta opinión: HUTCHINSON, Tomás, *op. cit.*, t. II, pág. 297.

2. ÓRGANO ANTE EL CUAL SE PRESENTA. TRÁMITE DE LA QUEJA

La Reglamentación Nacional dispone que la queja tiene que presentarse ante el superior jerárquico inmediato, quien debe resolverla sin otra sustanciación que el informe que puede requerir al inferior [118].

No existe plazo para su interposición, lo cual es una obvia implicancia de su naturaleza jurídica.

Interpuesta la queja, el órgano superior inmediato la resolverá dentro de los cinco (5) días, contados desde la fecha en que la queja fue recibida o desde el día en que se recibió el informe, según el caso [119].

La decisión que se dicte es irrecurrible y en ningún caso suspenderá la tramitación del procedimiento en que se haya producido [120].

El incumplimiento de los trámites y los plazos previstos en la ley 19.549 y en propio reglamento, genera responsabilidad imputable a los agentes que tienen a su cargo el procedimiento. Es por ello que el superior jerárquico respectivo deberá iniciar las actuaciones sumariales para el responsable del atraso e inclusive para el superior en caso de que no resuelva la queja en término [121].

3. LA ACLARATORIA ¿ES UN RECURSO ADMINISTRATIVO?

Cuando el acto administrativo que pone fin al procedimiento provoca una imprecisión, oscuridad o contradicción sustancial, el ordenamiento positivo nacional atribuye al administrado la potestad de peticionar la aclaratoria del respectivo acto.

En la doctrina [122] se discute acerca de la naturaleza jurídica de esta vía administrativa, que se incorporó al RLNPA por influencia de

118 Art. 71, 2ª parte.

119 Conclusión que si bien no surge expresamente de la norma debe considerarse implícita en el art. 71 del RLNPA.

120 Art. 71, última parte del RLNPA.

121 Art. 72, RLNPA, t.o. 1991. CANOSA, Armando, "Nuevas formas del control de plazos en el procedimiento administrativo", ED, t. 149, pág. 823.

122 Admiten que se trata de un recurso, entre otros: DROMI, José R., *Instituciones de Derecho Administrativo*, pág. 531, Buenos Aires, Astrea, 1973; GORDILLO, Agustín A., *Procedimientos y Recursos Administrativos*, pág. 516. Cabe aclarar que un trabajo posterior, en colaboración con Sarmiento García, el primero de los autores citados sostiene que la aclaratoria "no es estrictamente un recurso". En cambio, le niegan carácter de recurso a la aclaratoria: ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, pág. 394, Buenos Aires, Depalma, 1973; PEARSON, Marcelo M., *op. cit.*, pág. 151; y también DROMI, José R. - SARMIENTO GARCÍA, Jorge, "Procedimiento Administrativo", JA, diario del 11-VI-1975.

la corriente procesalista y de anteriores precedentes de Procuración del Tesoro de la Nación [123].

En nuestra opinión, dado que se trata de la impugnación de un acto administrativo no caben dudas de que se trata de un verdadero recurso, aun cuando es de carácter alternativo o paralelo frente al recurso jerárquico y al de reconsideración, como al recurso de alzada.

4. CAUSALES QUE TORNAN PROCEDENTE SU ARTICULACIÓN. REGLAS QUE RIGEN EN LA TRAMITACIÓN

La Reglamentación Nacional determina [124], en forma expresa, los supuestos en que debe admitirse la procedencia de este recurso contra el acto, a saber:

a) cuando existiera contradicción en su parte dispositiva [125];
b) cuando la contradicción surgiera entre la parte dispositiva y la motivación;
c) si se pretendiera suplir cualquier omisión sobre alguna o algunas de las peticiones planteadas.

Por medio de este recurso sólo pueden impugnarse actos administrativos definitivos, debiendo interponerse ante el propio órgano que dictó el acto [126] dentro del término de cinco (5) días de notificado el mismo.

El plazo para resolver la aclaratoria, tal como lo prevé el art. 102 del RLNPA (después de la reforma introducida por el dec. 1883/91) es de cinco días [127].

5. RECTIFICACIÓN DE ERRORES MATERIALES

Si el acto administrativo luce un error material o de hecho, inclusive errores aritméticos, el órgano administrativo puede, en cualquier instante del procedimiento, realizar la rectificación de tales errores [128].

123 *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 95, pág. 15.

124 Art. 102 del RLNPA (con las modificaciones del dec. 3700/77).

125 En realidad, esta causal se superpone con la prescripta para el recurso de revisión en el art. 22, inc. a) de la LNPA.

126 Cfr. PEARSON, Marcelo M., *op. cit.*, pág. 151.

127 Art. 1°, inc. e), ap. 4°, de la LNPA, ya que dicho plazo es de aplicación supletoria ante el silencio o laguna legislativa.

128 Art. 101 del RLNPA.

La potestad para iniciar el procedimiento de rectificación puede ejercerse de oficio, por la Administración Pública [129] o provenir de una petición del administrado.

Dado que no se trata realmente de impugnar un acto administrativo —aun cuando se promueva la rectificación por parte del administrado— esta petición no participa de la condición jurídica de los recursos administrativos [130], siendo una mera petición o reclamación del administrado, cuya corrección no altera el contenido sustancial del mismo, sin que signifique un impedimento la configuración de los derechos subjetivos que nazcan del acto que se rectifica [131].

Por su propia naturaleza y características, no existe plazo para que el administrado peticione la rectificación [132] debiendo el órgano administrativo practicarla dentro del plazo general supletorio de diez (10) días prescripto en la LNPA [133].

¿Cuál es el órgano competente para rectificar el acto administrativo? Al igual que en materia del recurso de aclaratoria, la rectificación debe solicitarse al propio órgano que dictó el acto, cuyos errores materiales o de hecho se pretende corregir.

6. LA DENUNCIA DE ILEGITIMIDAD. CONCEPTO Y REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA

La LNPA ha regulado un medio de impugnación de actos administrativos existente en la práctica y en la jurisprudencia administrativa argentina. En efecto, la Procuración del Tesoro de la Nación había reconocido su procedencia en varios dictámenes con anterioridad a la sanción de la ley nacional [134], y algunos autores sostenían que la misma debía ser resuelta siempre por el Poder Ejecutivo, por tratarse del jefe de la Administración [135].

129 Cfr. PEARSON, Marcelo M. *op. cit.*, pág. 149.

130 Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.*, pág. 687. La doctrina española tiene aquí, una vez más, gran importancia en el campo interpretativo, habida cuenta de que el art. 102 del RLNPA reconoce su fuente en el art. 111 de la Ley Española de Procedimiento Administrativo.

131 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.*, pág. 685.

132 Cfr. PEARSON, Marcelo M., *op. cit.*, pág. 685.

133 Art. 1°, inc. e), ap. 4°, de la LNPA, con las modificaciones de la ley 21.686. Pearson estima, en cambio, que no existe plazo para que la Administración resuelva acerca de la petición del administrado *op. cit.*, pág. 150.

134 *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 65, pág. 24; t. 90, pág. 350, entre otros.

135 GORDILLO, Agustín A., *Procedimiento y Recursos Administrativos*, pág. 524, Bue-

Su fundamento es doble: por una parte el derecho de petición consagrado en el art. 14 de la Const. Nac., y por la otra, el principio de informalismo, acogido por LNPA [136].

La denuncia de ilegitimidad sólo procede actualmente cuando se interpone un recurso fuera de término o el administrado presenta la correspondiente petición, una vez vencidos los plazos para articular los recursos administrativos correspondientes.

Trátase de una denuncia inspirada en el interés que tiene el Estado en velar por el principio de legitimidad de sus actos que, de acogerse, reviste el carácter de un verdadero recurso informal que suple a los recursos de reconsideración, jerárquico o de alzada, según sea el caso.

La denuncia de ilegitimidad puede ser resuelta tanto por el Poder Ejecutivo como por los ministros u órganos jerárquicamente inferiores. En esta materia, la regla es que el órgano competente sea aquel que poseía aptitud legal o reglamentaria para resolver el recurso que formalmente correspondía. Pero de ninguna manera la competencia para resolver este tipo de denuncia corresponde exclusivamente al Poder Ejecutivo, ya que con excepción del caso en que la denuncia de ilegitimidad sustituye al recurso jerárquico, la misma no se vincula con la jefatura de Administración sino con el principio de legitimidad y ésta es la solución que, en definitiva, acoge la LNPA.

Los órganos administrativos tienen el deber de tramitar las denuncias de ilegitimidad, cuya admisibilidad puede, sin embargo, no aceptarse, por parte del órgano que debe resolverla, en dos únicos supuestos:

a) motivos de seguridad jurídica, los cuales deben ser de cierta entidad y fundamentarse en el interés público o bien común, y de manera concreta e inmediata.
b) por entenderse que medió abandono voluntario del derecho, al hallarse excedidas razonables pautas temporales [137].

El trámite que debe dársele a la denuncia de ilegitimidad es el mismo que corresponda para el pertinente recurso que sustituya, aplicándosele todas las reglas inherentes a legitimación, actos impugnables y causales de ilegitimidad, no procediendo cuando se pretendiere extinguir o modificar un acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia sin perjuicio de la potestad que en tal caso poseen, *ex officio*, los órganos administrativos.

---

nos Aires, Macchi, 1971. Como se verá seguidamente dicha opinión es errónea y con acierto no fue recogida en la LNPA.

136 Art. 1°, inc. c) de la LNPA.

137 Art. 1°, inc. e), ap. 6° de la LNPA, con la modificación de la ley 21.686. La futura reforma de la ley debería prescribir la oportunidad —dentro del procedimiento administrativo— para determinar la admisibilidad formal de la denuncia de ilegitimidad.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD HERNANDO, Jesús Luis, *Notas sobre las Reformas a la Ley de Procedimiento Administrativo, Comercio y Justicia,* Córdoba, 1978.

ABERASTURY, Pedro (h), *Legislación Administrativa Usual con Jurisprudencia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984.

– *Consolidación de deudas contra el Estado*, Buenos Aires, 1993.

ABERASTURY, Pedro (h) - CILURZO, María José, *Curso de Procedimiento Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

AFTALIÓN, Enrique R., *Derecho Penal Administrativo*, Buenos Aires, 1955.

AGÜERO, Nélida Raquel, "La vista de las actuaciones en la Ley de Procedimientos Administrativos", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nro. 4, 1972.

AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y Poder. Historia de los Poderes Implícitos y de los Poderes Inherentes*, Buenos Aires, 1987.

ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853,* Eudeba, Buenos Aires, 1979.

ALESSI, Renato, *La Revoca degli Atti Amministrativi,* Giuffré, Milán, 1956.

– *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano,* Milán, 1958.

– *Instituciones de Derecho Administrativo*, ts. I y II, trad. del italiano a la 3ª ed., del *Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo*, Barcelona, 1970.

ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* 3 tomos, Buenos Aires, 1941-1943.

– *Tratado de Derecho Procesal,* t. I, Ediar, Buenos Aires, 1956.

ALSINA ATIENZA, Dalmiro, "Retroactividad de la anulación de los actos jurídicos", JA, t. 1950-II, sec. doctrina.

ALTAMIRA, Pedro Guillermo, *Curso de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, 1971.

ALTAMIRA GIGENA, Julio I., "El derecho de defensa en sede administrativa", JA, t. 1967-III-, sec. doctrina.

– *Los Principios Generales del Derecho como Fuente del Derecho Administrativo,* Buenos Aires, 1972.

ALTERINI, Atilio Aníbal, *La Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 1972.

ÁLVAREZ GENDÍN, Sabiniano, *Tratado General de Derecho Administrativo,* t. I, Barcelona, 1958.

ANDRÉA FERREIRA, Sergio de, *Leções de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, 1972.
– *Direito Administrativo Didáctico,* Rio de Janeiro, 1979.

ARGAÑARÁS, Manuel J., *Tratado de lo Contencioso-Administrativo,* Buenos Aires, 1955.

ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos,* Madrid, 1968.
– *Descentralización y Planificación*, Madrid, 1972.
– *Las Tarifas de los Servicios Públicos,* Sevilla, 1976.
– *Economía y Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
– *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Granada, 1999.
– *Precios y tarifas regulados*, Granada, 2001.

ARNANZ, Rafael A., *De la Competencia Administrativa,* Madrid, 1967.

AUBY, Jean Marie - DRAGO, R., *Traité de Contentieux Administratif*, t. II., París.

AUBY, Jean Marie - DUCOS-ADER, Robert, *Droit Public* París, 1966.

BADENI, Gregorio, "Los decretos de necesidad y urgencia", ED, t. 138.

BARBARA, Jorge Edmundo, "El Estado post privatizador. Los entes reguladores", LL, t. 1994-B.

BARBER SOTIROS, A., *Sobre el Significado de la Constitución de EE.UU.,* trad. del inglés de *On what the Constitution Means,* Buenos Aires, 1989.

BARÓ, Daysi, *La Relación de Empleo Público,* Buenos Aires, 1982.

BARRA, Rodolfo Carlos, "La potestad reglamentaria de la Administración Pública en el derecho argentino", *Libro Homenaje en el Cincuentenario de la Controladuría General de la República,* Santiago, 1977.
– *Principios de Derecho Administrativo,* Ábaco, Buenos Aires, 1980.
– *Contrato de Obra Pública,* 3 tomos, Depalma, Buenos Aires, 1984-1988.
– *Los Actos Administrativos Contractuales. Teoría del Acto Coligado,* Ábaco, Buenos Aires, 1989.
– "Conflictos inter-administrativos", ED, t. 79.
– "El caso 'Pizarro Aráoz' y la modificación del sistema de variación de costos pactado en los contratos de obra del sector público", ED, t. 95.
– "Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público", LL, 1983-B.
– "La intangibilidad de la remuneración del contratista particular en los contratos administrativos", ED, t. 62.
– "La legitimación para accionar en la reciente jurisprudencia de la Corte", ED, t. 151.
– "Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos", ED, t. 142.

BARRAZA, Javier Indalecio - SCHAFRIK, Fabiana Haydée, "Los actos de gobierno y los actos institucionales", *Revista de Administración Pública,* nro. 237, Buenos Aires, 1998.

BARREIRO, Rubén, "Naturaleza jurídica de la relación concesionario-usuario y responsabilidades emergentes", en el libro *Jornadas sobre Servicio Público de Electricidad*, publicación del ENRE, Buenos Aires, 1995.

BAUDRY, G., *L'Expropiation pour Cause d'Utilité Publique,* París, 1953.

BAUER, R. J., *Updating Public Utility Regulation,* Chicago, 1966, cit. por Ariño Ortiz.

BELADIEZ ROJO, M., *La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación*, RAP, nro. 133, Madrid, 1994.
– *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994.

BELLUSCIO, Augusto César, "Declaración de oficio de la nulidad", ED, t. 95.

BENOIT, Francis Paul, *Droit Administratif,* París, 1968.
– *Le Droit Administratif Français*, Toulouse, 1968.

BENOIT, Jeanneau, *Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Administrative,* París, 1954.

BENVENUTI, Feliciano, "Funzione amministrativa. Procedimento. Processo", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico,* 1952.

BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos,* Depalma, Buenos Aires, 1980.
– "Proceso y procedimiento contencioso-administrativo", *Revista de Administración Pública,* nro. 44, Buenos Aires.

BEZZI, Osvaldo M., "La competencia del órgano administrativo", en *Acto y Procedimiento Administrativo,* Buenos Aires, 1975.

BIANCHI, Alberto B., *La Delegación Legislativa,* Ábaco, Buenos Aires, 1990.
– "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", LL, 1991-C.
– *Control de Constitucionalidad,* Ábaco, Buenos Aires, 1992.
– "El *writ of certiorari* en nuestra Corte Suprema como concepto jurídico indeterminado", ED, t. 125.
– "Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo. (Una perspectiva general desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)", ED, t. 184.
– *La regulación económica*, Ábaco, Buenos Aires, 2001.
– "La regulación económica en Estados Unidos", *Revista de Derecho Administrativo*, nro. 32, Buenos Aires, 1999.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, 2 tomos, Buenos Aires, 1964-1968.
– *El Derecho Constitucional del Poder*, 2 tomos, Buenos Aires, 1967.
– "Inmutabilidad del acto otorgante de un beneficio promocional", JA, t. 1960-III.
– *Manual de Derecho Constitucional Argentino,* Buenos Aires, 1984.
– *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino,* 6 tomos, Ediar, Buenos Aires, 1986-1995.
– "La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia", ED, t. 18.
– "La interpretación y la integración constitucionales", ED, t. 28.

BIELSA, Rafael, *La Locución Justa y Razonable en el Derecho y la Jurisprudencia,* Rosario, 1942.
– *Derecho Administrativo,* 4ª ed., 4 tomos, Tea, Buenos Aires, 1947.
– *Estudios de Derecho Público,* Buenos Aires, 1950.
– "Necesidad de motivar jurídicamente los actos administrados en el sistema político de la Constitución", en *Estudios de Derecho Público,* t. III, Buenos Aires, 1952.
– *Régimen Jurídico de la Policía,* Buenos Aires, 1957.
– *El Recurso Jerárquico,* Buenos Aires, 1958.
– *Sobre lo Contencioso Administrativo,* Santa Fe, 1964.
– *Derecho Administrativo,* 6ª ed., 5 tomos, Depalma, Buenos Aires, 1964-1966.
– "Naturaleza jurídica de la multa administrativa", JA, t. 60.
– "El estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y administrativo", *Anuario del Instituto de Derecho Público,* t. III, Rosario, 1940.

BODDA, Piero, *La Nozione di Causa Giuridica della Manifestazione di Volontà nel Diritto Amministrativo,* Torino, 1933.

BOFFI BOGGERO, Luis M., *Juristas en Defensa de la Constitución,* Buenos Aires, 1971.

BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano,* trad. de la 8ª ed. italiana, Madrid, 1965.

BONNARD, Roger, *Précis de Droit Administratif,* 3ª ed., París, 1935.

BOQUERA OLIVER, José María, *Derecho Administrativo y Socialización,* Madrid, 1965.
– *Estudios sobre el Acto Administrativo,* 4ª ed., Civitas, Madrid, 1986.
– "La publicación de disposiciones generales", *Revista de Administración Pública,* nro. 31, Madrid.

BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones,* 2 tomos, Perrot, Buenos Aires, 1965-1971.
– "Balance provisional de la nueva Ley de Expropiaciones", ED, t. 72.
– "La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo", ED, t. 28.

BORIO, Fernando Raúl, "El principio de ejecutoriedad del acto administrativo y sus fundamentos", ED, t. 88.

BOSCH, Jorge Tristán, *La Extinción de los Actos Administrativos en la Jurisprudencia de la Suprema Corte Nacional de Justicia*, separata de la *Revista Argentina de Estudios Políticos,* Buenos Aires, 1946.
– *Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública,* Zavalía, Buenos Aires, 1951.

BRAIBANT, Guy, *Le Droit Administratif Français,* Dalloz, París, 1984.

BRAIBANT, Guy - QUESTIAUX, Nicole - WIENER, Celine, *Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens (Etude Comparative),* publicación de la Biblioteca del Instituto Internacional de Administración Pública, París, 1973.

BREWER CARÍAS, Allan Randolph, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana,* Caracas, 1964.
– *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado,* Caracas, 1967.

– "La carga de la prueba en el procedimiento administrativo", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nro. 11, Buenos Aires.
– "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nro. 17, Buenos Aires, Plus Ultra, 1977.
– *Principios del Procedimiento Administrativo,* 1990.

BUDASSI, Iván Fernando, "Licencias y concesiones: un estudio comparativo entre los sistemas del Reino Unido y la Argentina", REDA, nro. 24/26, Buenos Aires, 1998.

BULLINGER, Martín, *Derecho Público y Derecho Privado,* trad. del alemán, Madrid, 1976.
– "La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial", revista jurídica española, *La Ley*, t. 1987-4.

BULLRICH, Rodolfo, *Curso de Derecho Administrativo,* 2 tomos, Buenos Aires, 1932.

BUSSO, Eduardo B., *Código Civil Anotado,* 5 tomos, Ediar, Buenos Aires, 1944-1955.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La devaluación del peso y la teoría de la imprevisión", en *Responsabilidad Civil y Otros Estudios,* 4 volúmenes, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984/97.

CABRAL, Julio E., "Ámbito de aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", en *Acto y Procedimientos Administrativos,* Buenos Aires, 1975.
– "El acto administrativo y sus elementos esenciales", ED, t. 42.

CAETANO, Marcello, *Manual di Direito Administrativo,* Lisboa, 1963.

CANASI, José, *Derecho Administrativo,* 2 tomos, Depalma, Buenos Aires, 1977.

CANNADA BARTOLI, E., "Il diritto soggettivo come presuposto dell'interesse leggitimo", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico,* abril-junio, 1953.

CANOSA, Armando N., "Influencia del Derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa", ED, t. 166.
– "Nuevas formas del control de plazos en el procedimiento administrativo", ED, t. 149.

CAPUTI, Claudia - SACRISTÁN, Estela, "La caducidad del artículo 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad y la seguridad jurídica", LL, t. 1997-A.

CARBONIER, Jean, *Droit Civil,* t. II, París, 1955.

CARELLO, Luis Armando, "Las cooperativas de servicios públicos ¿Personas públicas o privadas?", en *Cooperativas de Servicios Públicos,* Buenos Aires, 1987.

CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil,* Buenos Aires, 1944.

CASARES, Tomás D., *La Justicia y el Derecho,* 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974.

CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.
– *La Ley Nacional de Expropiación 21.499,* Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1977 y en LL, 1978-C.

– "Expropiación: causa, sujeto y objeto. Las obras o planes de ejecución diferida", en obra colectiva *La Ley Nacional de Expropiaciones 21.499,* Buenos Aires, 1977.
– *El Acto Administrativo,* 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.
– "La extensión del concepto de tutela y el control de los actos de las sociedades del Estado", LL, t. 1978-C, sec. doctrina.
– *Derecho Administrativo,* 2 tomos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977-1996.
– "La Ley de Procedimiento Administrativo y su reciente reforma", *Derecho Empresario*, nro. V, Buenos Aires, 1978.
– "La impugnación judicial de reglamentos en el orden nacional", LL, 1979-C.
– "La Ley de Procedimiento Administrativo y el Código Procesal Contencioso-Administrativo de la Provincia de La Pampa", LL, t. 1979-D.
– "La autorización para edificar. Su naturaleza. Efectos sobre la potestad revocatoria", LL, t. 1982-D.
– "En torno a la noción de servicio público", *Revista Jurídica de Buenos Aires,* 1988-II.
– *Cuestiones de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, 1987.
– *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo,* Buenos Aires, 1988.
– "Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia", LL, 1991-E.
– *La Intervención Administrativa,* 1ª ed., Buenos Aires, 1993.
– "Marcos regulatorios y regulación económica", *Revista de Administración Pública,* nro. 183, Buenos Aires, 1993.
– "El derecho de la post-privatización", LL, Actualidad, del 22-II-1994.
– "Los contratos de la Administración Pública (Distintas categorías y regímenes jurídicos)", ED, t. 57 y en *Revista de Administración Pública*, nro. 78, Madrid, 1975.
– "Efectos de la interposición de los recursos y la suspensión de los actos administrativos", ED, t. 153.
– "En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del derecho penal", ED, t. 143.
– "La condición jurídica de las cooperativas prestatarias de servicios públicos", ED, t. 122.
– "La ilegitimidad ordinaria de una autorización para edificar: procedencia del acto administrativo que dispuso su revocación", ED, t. 49.
– "La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549", ED, t. 42.
– "La revocación del acto administrativo afectado del vicio de violación de la ley", ED, t. 86.
– "La revocación del acto administrativo por falta de causa", ED, t. 38.
– "La suspensión del acto administrativo como consecuencia de la interposición de un recurso en sede administrativa", ED, t. 41.
– "Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran", LL, t. 143.
– "Las relaciones interadministrativas", ED, t. 36.
– "Los plazos en el procedimiento administrativo", ED, t. 83.

– "Naturaleza administrativa de ciertos contratos celebrados por empresas estatales", ED, t. 110.
– "Procedencia de la revocación de un acto administrativo por razones de ilegalidad en sede administrativa", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nro. 3.
– "Sobre la condición de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas y su valor probatorio", ED, t. 63.
– "De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el derecho administrativo argentino", ED, diario del 30/09/2001.
– "La participación pública en el control de los servicios públicos", RAP, nro. 250, Buenos Aires, 1999.
– "Los nuevos entes regulatorios", en *Revista de Derecho Administrativo*, nro. 14, Depalma, Buenos Aires, 1993.

CASSESE, Sabino, "Las transformaciones del servicio público en Italia", *Actualidad,* nro. 4, Buenos Aires, 1996.

CATALDI, Giuseppe, *Il Procedimento Amministrativo nei suoi Attuali Orientamenti Giuridici e non Giuridici,* Milán, 1967.

CELORRIO, Atanasio Hernán, "El recurso jerárquico en materia tributaria", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nro. 3, Buenos Aires, 1972.

CERULLI IRELLI, Vincenzo, *Corso di Diritto Amministrativo*, Turín, 1999.

CHAPUIS, René, *Droit Administratif Général,* 2 tomos, París, 1986.
– *Droit du contentieux administratif*, París, 1991.

CHINCHILLA, C., "Nulidad y anulabilidad", en obra colectiva *La Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, dirigida por Leguina Villa, I. y Sánchez Morón, M., Madrid, 1993.

COMADIRA, Julio R., "Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo", *Boletín del Instituto de Derecho Administrativo Profesor Rafael Bielsa,* nro. 5, Buenos Aires, 1972.
– "Modos anormales de terminación del procedimiento administrativo", JA, t. IV-1976.
– "El exceso de punición y su incidencia sobre la validez del acto administrativo", *Revista Argentina de Derecho Administrativo* nro. 4, Buenos Aires, 1990.
– *Acto Administrativo Municipal,* Depalma, Buenos Aires, 1992.
– *Derecho Administrativo,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
– *La Anulación de Oficio del Acto Administrativo. Cosa Juzgada Administrativa,* Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.
– "Los sujetos reguladores en la post-privatización", en *Revista de Administración Pública,* nro. 183, Buenos Aires.
– "El sistema de nulidades del acto administrativo", en el libro *Procedimiento Administrativo,* Buenos Aires, 1996.
– "La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento", ED, t. 177.
– "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados", ED, t. 162.

CORWIN, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su Significación Actual,* trad. del inglés, Buenos Aires, 1987.

COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil,* 2 tomos, Depalma, Buenos Aires, 1948-1950.

COZZI, Adalberto E., "El proyecto de Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su reglamentación", *Ius,* nro. 19.

CREO BAY, Horacio, "El abogado en el procedimiento administrativo", JA, t. II-1977.

CRETELLA JUNIOR, José, *Curso de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, 1974.
– "Principios fundamentales del Derecho Administrativo", en *Estudios en Homenaje al Profesor López Rodó,* t. I, Madrid, 1972.

DABIN, Jean, *Doctrina General del Estado,* trad. del francés, Jus, México, 1946.
– *El Derecho Subjetivo,* trad. del francés, Madrid, 1955.

D'ALESSIO, Francesco, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano,* 2 tomos, Utet, Torino, 1932-1934.

DE CORAIL, Jean Louis, *La Crise de la Notion Juridique de Service Public en Droit Administratif Français,* París, 1954.

DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, *La Actividad de la Administración,* Madrid, 1983.
– *Las Potestades Administrativas,* Madrid, 1986.

DE LAUBADÈRE, André, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs,* 3 tomos, París, 1956.
– *La Pensée du Doyen Maurice Hauriou et son Influence,* París, 1969.
– *Traité de Droit Administratif,* t. I, Libraire Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1970-1984.
– *Traité Elémentaire de Droit Administratif,* 4 tomos, 5ª ed., París, 1970-1977.

DE LAUBADÈRE, André - MODERNE, Franck - DELVOLVE, Pierre, *Traité des Contrats Administratifs,* ts. I y II, 2ª ed., París, 1983-1984.

DELBEZ - LAFERRIERE - LACOSTE, "La révocation des actes administratifs", *Revue de Droit Pubblic et de la Science Politique,* París, 1928.

DIEZ, Manuel María, *El Acto Administrativo,* Buenos Aires, 1961.
– *Derecho Administrativo,* 6 tomos, Omeba, Buenos Aires, 1963-1974.
– *Manual de Derecho Administrativo,* 2 tomos, Buenos Aires, 1977-1980.

DI RENZO, Francesco, *I Contratti della Pubblica Amministrazzione,* Milán, 1975.

DOCOBO, Jorge José, "La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", JA, nro. 4027, 4-V-1973, sec. doctrina.
– "La actuación administrativa", JA, 1975, sec. doctrina.
– "Delegación a los ministros y secretarios de Estado", JA, 30-VI-1975, sec. doctrina.
– "El plazo de gracia en el procedimiento administrativo", LL, t. 1979-B.

DROMI, José Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo,* Astrea, Buenos Aires, 1971-1973.
– *Acto Administrativo. Ejecución, Suspensión y Recursos,* Buenos Aires, 1973.

– "Contratos de la Administración. Régimen Jurídico Unitario", JA, 1974, sec. doctrina.
– "Acción retrocesión. Presupuestos procesales y sustanciales", LL, t. 1975-A.
– *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública,* Bogotá, 1980.
– *Manual de Derecho Administrativo,* ts. I y II, Astrea, Buenos Aires, 1987.
– *Reforma del Estado y Privatizaciones,* t. I, Astrea, Buenos Aires, 1991.
– "La desconcentración administrativa", JA, nro. 3769.
– *La Licitación Pública,* Astrea, Buenos Aires.

DROMI, José Roberto - SARMIENTO GARCÍA, Jorge, "Procedimiento administrativo", JA, 11-VI-1975.

DUEZ, Paul - DEBEYRE, Guy, *Traité de Droit Administratif,* París, 1952.

DUFAU, Jean, *Les Concessions de Service Public,* París, 1979.

DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel,* ts. I y II, 3ª ed., París, 1927.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "La inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia", LL, t. 1989-E.

ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo,* 3ª ed. (reimpresión), t. I, Tecnos, Madrid, 1970-1986.

ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado General de Procedimientos Administrativos,* Depalma, Buenos Aires, 1973-1981.
– "La revocación del acto administrativo afectado de nulidad absoluta", LL, 1977-C.
– *Tratado Integral de los Contratos Administrativos,* 2 tomos, Depalma, Buenos Aires, 1977-1979.

ESTRADA, José Manuel, *Curso de Derecho Constitucional,* 3 tomos, Buenos Aires, 1902.

ESTRADA, Juan Ramón de, "La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular", LL, 1976-D.
– "Juicios contra el Estado nacional", JA, 1977-III.
– "La primera reforma de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", EDLA, nro. 1, 1978.
– "Enseñanza privada y servicio público", ED, t. 119.
– "Juicios contra el Estado nacional y las provincias: aplicación de las leyes 3.952 y 19.549", ED, t. 115.

FANELLI EVANS, Guillermo E., *La Concesión de Obra Pública,* Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1991.
– "Las reformas al reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos introducidas por decreto 3700/77", EDL.A., t. 1978.

FARGOSI, Horacio P., "La actividad financiera privada ¿Servicio público impropio?", en *Estudios en Homenaje a Isaac Halperin,* Depalma, Buenos Aires, 1978.

FERNÁNDEZ DE OLIVERA, Regis, *Ato Administrativo,* São Paulo, 1978.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *La Doctrina de los Vicios de Orden Público,* Madrid, 1970.

– "De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario", REDA, nro. 80, Madrid, 1993.
– "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", *Revista de la Administración Pública*, nro. 150, Madrid, 1999.

FERRO, Héctor Raúl, *Expropiación de Empresas y Fondos de Comercio,* Astrea, Buenos Aires, 1977.

FIORINI, Bartolomé A., *Recurso Jerárquico,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
– *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1968.
– *Teoría Jurídica del Acto Administrativo,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.
– *Derecho Administrativo,* 2 tomos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.

FLEINER, Fritz, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand,* París, 1933.

FOLIGNO, Darío, *L'Attività Amministrativa,* Milán, 1966.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal,* ts. II y III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

FONT LLOVET, Tomás, "Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos", *Revista Española de Derecho Administrativo,* nro. 34, Madrid, 1982.

FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo,* t. I, trad. del alemán, Labor, Madrid, 1958.

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo,* México, 1958.

FRAGOLA, U., *Gli Atti Amministrativi,* Torino, 1952.

FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, "Principios fundamentales del procedimiento administrativo", en *Procedimiento Administrativo,* Montevideo, 1977.

GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, "Las medidas cautelares contra la Administración nacional (Principios jurisprudenciales)", LL, t. 1996-B.

GALLO DE POMPONE, Celia, "La voluntad en el acto administrativo", en *Acto y Procedimiento Administrativo,* Buenos Aires, 1975.

GAMBIER, Beltrán, "El concepto de 'oferta más conveniente' en el procedimiento licitatorio público. (La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial)", LL, t. 1988-D.
– "La impugnación directa de los reglamentos en sede administrativa en un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nro. 2, Buenos Aires, 1985.
– "El procedimiento administrativo: algunas cuestiones que suscita el principio del informalismo", JA, t. 1992-III, sec. Doctrina.

GAMBIER, Beltrán - LAGO, Daniel M., "El medio ambiente y su recepción constitucional", separata de ED, Temas Constitucionales, Buenos Aires, 1995.

GARCÍA BELSUNCE, Horacio, "Régimen penal tributario. Concurso de sanciones", LL, t. 1990-C.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Riesgo y ventura en la contratación administrativa", *Revista de Administración Pública,* nro. 2, Madrid, 1950.
– *Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa,* Madrid, 1956-1984.
– "La lucha contra las inmunidades del poder en Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública,* nro. 38, Madrid, 1962.
– *Legislación Delegada. Potestad Reglamentaria y Control Judicial,* Tecnos, Madrid, 1970.
– "El dogma de la reversión de las concesiones", en *Dos Estudios sobre la Usucapión en Derecho Administrativo,* Tecnos, Madrid, 1974.
– *El Problema Jurídico de las Sanciones Administrativas,* Civitas, Madrid, 1976, nro. 10.
– "La configuración del recurso de lesividad", *Revista de Administración Pública,* nro. 15, Madrid.
– "Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales", REDA nro. 61, Madrid, enero/marzo 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo,* 2 tomos, Civitas, Madrid, 1993-1998.

GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho Administrativo,* ts. I y II, actualizado por Martínez Useros, Madrid, 1955-1968.

GARCÍA PELAYO, Manuel, "Derecho Constitucional Comparado", *Revista de Occidente,* Madrid, 1957.

GARCÍA PULLÉS, Fernando Raúl, "La impugnación de actos administrativos de alcance general", ED, t. 148.

GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Principios Jurídicos de la Organización Administrativa,* Madrid, 1957.
– "Tratado de Derecho Administrativo", 3 tomos, *Revista de Derecho Privado,* Madrid, 1964.
– *Los Actos Administrativos,* Madrid, 1986.

GARRIDO FALLA, Fernando, "Las tres crisis del Derecho Público subjetivo", en *Estudios Dedicados al Profesor García Oviedo,* t. I, Sevilla, 1954.
– *Régimen de Impugnación de los Actos Administrativos,* Madrid, 1956.
– "Las empresas públicas", en *La Administración Pública y el Derecho Contemporáneo,* Madrid, 1961.
– *Las Transformaciones del Régimen Administrativo,* 2ª ed., Madrid, 1962.
– *Derecho Administrativo,* 2 tomos, Madrid, 1987-1992.

GARRIDO FALLA, Fernando - FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (un estudio de la Ley 30/1992),* Madrid, 1993.

GAUNA, Juan Octavio, "La problemática del control judicial de los actos de la Administración Pública. La teoría de la separación del poder", LL, t. 1979-C.

GIANNINI, Massimo Severo, *Lezioni di Diritto Amministrativo,* Milán, 1950.
– *Corso di Diritto Amministrativo,* Milán, 1967.
– *Diritto Amministrativo,* 2 tomos, Milán, 1970.
– *Diritto Pubblico dell'Economia,* Bologna, 1977.

GIUCCIARDI, Enrico, *La Giustizia Amministrativa,* 2ª ed., Padova, 1943.

GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho,* Buenos Aires, 1960-1967.
– *Introducción Filosófica al Derecho,* 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1973.

GONZÁLEZ, Joaquín V., *La Expropiación ante el Derecho Público Argentino,* Buenos Aires, 1915.
– *Manual de la Constitución Argentina,* Estrada, Buenos Aires, 1983.

GONZÁLEZ ARZAC, Rafael M., "La competencia de los órganos administrativos", ED, t. 49.

GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional,* Depalma, Buenos Aires, 1960.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español,* 2 tomos, Pamplona, 1987.
– *El Procedimiento Administrativo Español en la Doctrina Científica,* Madrid, 1972.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los Recursos Administrativos,* Madrid, 1960.
– *Derecho Procesal Administrativo,* 3 tomos, 2ª ed., Madrid, 1964-1966.
– *El Procedimiento Administrativo,* Madrid, 1964.
– *El Administrado,* Madrid, 1966.
– *Los Recursos Administrativos y Económicos Administrativos,* Madrid, 1975.
– "La suspensión de la ejecución del acto objeto del recurso administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo,* nro. 5, Madrid, 1975.
– *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo,* Civitas, Madrid, 1977.
– *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa,* Madrid, 1978.
– *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo,* Civitas, Madrid, 1983.
– *La Dignidad de la Persona,* Madrid, 1986.
– "Actos administrativos y actos políticos de gobierno", *Revista de Derecho Administrativo,* nro. 1, Buenos Aires, 1989.
– "El método en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública,* nro. 22.
– "La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española", *Revista de Administración Pública,* nro. 1.
– "La revisión de los actos administrativos", en el libro *Procedimiento Administrativo,* ponencias del IV Encuentro Hispano-Argentino sobre Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, 1994.
– *Manual de Procedimiento Administrativo,* Civitas, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús - GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común,* 2 tomos, Madrid, 1997.

GORDILLO, Agustín A., *Estudios de Derecho Administrativo,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
– *Procedimientos y Recursos Administrativos,* 1ª y 2ª ed., Macchi, Buenos Aires, 1964-1971.
– *Introducción al Derecho Administrativo,* 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
– *El Derecho Administrativo de la Economía,* Macchi, Buenos Aires, 1967.
– *El Acto Administrativo,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.
– "La validez constitucional del decreto 2287/91", *Periódico Económico Tributario,* 15-XI-1991.
– *El Estado Actual del Derecho Administrativo,* Mendoza, 1993.
– *Tratado de Derecho Administrativo,* 6 volúmenes, Macchi, Buenos Aires, 1974-1997.
– "Acto, reglamento y procedimiento administrativo en la ley 19.549", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nro. 3.
– "El informalismo y la concurrencia en la licitación pública", REDA, nro. 11, Buenos Aires, 1992.

GRANERIS, Giuseppe, *Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho,* trad. del italiano, Eudeba, Buenos Aires, 1973.

GRAU, Armando Emilio, "Resumen sobre la extinción de los actos administrativos", JA, t. 1961-I, sec. doctrina.
– "Suspensión del acto administrativo y medida de no innovar contra el Estado", *Revista Jurídica de Buenos Aires,* t. 3, 1965.
– "La razonabilidad en el procedimiento administrativo argentino", *Revista Ciencias Administrativas,* año XI, nro. 27, La Plata, 1968 y en LL, t. 131.
– *Habilitación de la Instancia Contencioso-Administrativa,* La Plata, 1971.

GRECCO, Carlos Manuel, "La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y su fiscalización judicial", LL, t. 1980-D.
– "Sobre el silencio de la Administración", LL, t. 1980-C.
– "Vías de hecho administrativas", LL, 1980-C.
– "Estudio preliminar sobre los denominados intereses 'difusos', 'colectivos' y su protección judicial", LL, t. 1984-B.
– "Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (a propósito de la privatización de ENTel)", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nro. 5.

GUASTAVINO, Elías P., *Tratado de la Jurisdicción Administrativa y su Revisión Judicial,* 2 tomos, Buenos Aires, 1988-1989.

GUICCIARDI, Enrico, *La Giustizia Amministrativa,* 2ª ed., Padova, 1934.

HALPERIN, David Andrés, "El carácter obligatorio de los plazos en el procedimiento administrativo", *Régimen de la Administración Pública,* nro. 16.

HALPERIN, David Andrés - CANOSA, Armando N., "Reflexiones sobre temas de Derecho Administrativo actual a partir de un fallo de la Corte", ED, t. 156.

HALPERIN, David Andrés - CANOSA, Armando N. - MARTORELLO, Beatriz, *Emergencia Económica. Ley 25.344*, Buenos Aires, 2001.

HALPERIN, David Andrés - CATTANI, Horacio Rolando, "El recurso de reconsideración en el procedimiento administrativo nacional", revista *AIKH*, nro. 1.
– "Procedimiento administrativo", *Régimen de la Administración Pública*, nro. 6.

HALPERIN, David Andrés - GAMBIER, Beltrán, *La Notificación en el Procedimiento Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1989.

HALPERIN, Isaac, "El régimen de sanciones al asegurado en la nueva Ley argentina de Seguros", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 2, 1969.

HARO, Ricardo, "Control de razonabilidad y poder de policía", *Estudios de Derecho Administrativo*, Córdoba, 1978.

HAURIOU, Maurice, *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929*, Recueil Sirey, Paris, 1929.
– *Précis de Droit Administratif*, Recueil Sirey, París, 1927.

HEINZ, Mattes, *Problemas de Derecho Penal Administrativo*, trad. del alemán, Edersa, Jaén, 1979.

HEREDIA, Horacio H., "Recurso jerárquico", en *Acto y Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, 1975.
– "El contencioso administrativo en el fuero federal de la República Argentina", Publicación en homenaje a Bielsa, vol. 1, *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, 1979.

HERNÁNDEZ, Belisario, "Los recursos administrativos", LL, t. 147.

HUICI, Héctor, "La actividad jurisdiccional de los entes reguladores", LL, t. 1996-B.

HUTCHINSON, Tomás, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Comentada, Anotada y Concordada con Normas Provinciales*, 2 tomos, Astrea, Buenos Aires, 1985.
– "La caducidad del procedimiento administrativo", *Régimen de la Administración Pública*, nro. 12.
– "La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo", ED, t. 124.

IMAZ, Esteban, "Teoría del acto inexistente", LL, t. 89.

JELLINEK, Georges, *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, trad. del alemán, Milán, 1912.

JÈZE, Gastón, *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, trad. del francés, Depalma, Buenos Aires.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, "Las contravenciones o faltas", LL, t.56.

JORDANA DE POZAS, Luis, "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo", en *Estudios en Homenaje al Profesor Jordana de Pozas*, t. I, Madrid, 1961.

JUSSO, Raffaele, *Motivo e Motivazione nel Provedimento Amministrativo*, Milán, 1963.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado,* trad. de Eduardo García Máynez, México, 1957.
– *Teoría Pura del Derecho,* Buenos Aires, 1963.

LABANCA, Jorge, "Actividad bancaria como servicio público y autorización para funcionar como banco", JA, 1967-VI, sec. doctrina.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "Nuevo marco jurídico de las actividades liberalizadas", en libro homenaje al Profesor Boquera Oliver (en prensa).

LANDI, Guido - POTENZA, Giuseppe, *Manuale di Diritto Amministrativo,* Milán, 1971.

LASCANO, David, *Jurisdicción y Competencia,* Kraft, Buenos Aires, 1941.
– "Improrrogabilidad y perentoriedad de términos judiciales", LL, t. 19.

LAVILLA RUBIRA, J. J., "Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos (artículos 62 a 67)", en PENDÁS GARCÍA (director), *Administraciones Públicas y Ciudadanos. Estudio sistemático de la ley 30/1992, de 26 de noviembre,* de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Praxis, 1993.

LECLERC, Jacques, *El Derecho y la Sociedad,* t. I, trad. del francés, Barcelona, 1964.
– "Lecciones de derecho natural", en *El Derecho y la Sociedad,* t. I, trad. del francés, Barcelona, 1965.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho,* Barcelona, 1961.

LEGÓN, Fernando, *Tratado Integral de la Expropiación Pública,* Buenos Aires, 1934.

LEVENE, Ricardo (h), *Introducción al Derecho Contravencional,* Depalma, Buenos Aires, 1968.

LINARES, Juan Francisco, "La prohibición de innovar - Bases para su sistemática", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires,* noviembre-diciembre, 1942.
– *Cosa Juzgada Administrativa en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación,* Kraft, Buenos Aires, 1946.
– "Inmutabilidad y cosa juzgada en el acto administrativo", *Revista de Derecho y Administración Municipal,* nro. 211, Buenos Aires, 1947.
– *Régimen de Impugnación de Actos Administrativos,* Madrid, 1956.
– *Poder Discrecional Administrativo,* Buenos Aires, 1958.
– *Razonabilidad de las Leyes,* 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1970.
– "La competencia y los postulados de la permisión", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nro. 2, Buenos Aires, 1971.
– *Fundamentos del Derecho Administrativo,* Astrea, Buenos Aires, 1975.
– "Valor objetivo e indemnización en la ley 21.499", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nros. 15-16, Buenos Aires, 1977.
– "El silencio administrativo denegatorio en la ley 19.549", LL, t. 1980-C.
– *Derecho Administrativo,* t. I, Astrea, Buenos Aires, 1986.
– "Efectos suspensivos de los recursos ante la Administración", LL, t. 85.
– "Garantía de defensa ante organismos administrativos", LL, t. 87.
– "La garantía de defensa frente a la Administración", LL, t. 142.

– *La razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina,* Buenos Aires, 1980.

LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado,* nueve tomos, Plus Ultra, Buenos Aires, 1956-1988.
– "La legislación de emergencia en el derecho argentino y comparado", LL, t. 30.

LINOTTE, Didier - MESTRE, Ahille - ROMS, Raphael, *Services Publics et Droit Public Economique,* 2 tomos, 2ª ed., París, 1992.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil,* Parte General, 2 tomos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967-1975.
– *Estudio de la Reforma del Código Civil,* Buenos Aires, 1969.
– "Apéndice", al *Tratado de Derecho Civil* - Parte General, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.
– "Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos", LL, t. 50.

LONG, M. - WEIL, P. - BRAIBANT, G., *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative,* París, 1969.

LÓPEZ MEIRELLES, Hely, *Direito Administrativo Brasileiro,* 6ª ed., São Paulo, 1978.

LÓPEZ NIETO Y MALLO, Francisco, *El Procedimiento Administrativo,* Barcelona, 1960.

LÓPEZ OLACIREGUI, José María, "De la nulidad de los actos jurídicos", *Lecciones y Ensayos,* nro. 17, Buenos Aires, 1960.

LOZANO, Blanca, *La Extinción de las Sanciones Administrativas y Tributarias,* Madrid, 1990.

LUCIFREDI, Roberto, *L'Atto Amministrativo nei soui Elementi Accidentali,* Milán, 1963.

LUCIFREDI, Roberto - COLLETTI, Giuseppe, *Descentramento Amministrativo,* Torino, 1956.

LUQUI, Roberto Enrique, "Examen de la razonabilidad de los actos administrativos por el Poder Judicial", LL, t. 132.

LYNCH, John, *Administración Colonial Española,* 2ª ed., trad. del inglés, Buenos Aires, 1967.

MAIORANO, Jorge Luis, *La Expropiación de la Ley 21.499,* Astrea, Buenos Aires, 1978.
– "Algunas reflexiones acerca de la noción de servicio público", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nro. 14.

MAIRAL, Héctor A., "La determinación de las tarifas", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, 1971.
– *Control Judicial de la Administración Pública,* dos tomos, Depalma, Buenos Aires, 1984.
– "Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia", LL, t. 1989-C.

– "La ideología del servicio público", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, nro. 14, Buenos Aires, 1993.
– "Los meros pronunciamientos administrativos", en *Derecho Administrativo,* obra colectiva en homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Lógica para Juristas,* Barcelona, 1969.

MANZANEDO, J. A. - HERNANDO, J. - GÓMEZ REINO, E., *Curso de Derecho Administrativo Económico,* Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970.

MARIENHOFF, Miguel S., *Caducidad y Revocación de la Concesión de Servicios Públicos,* Buenos Aires, 1947.
– *Tratado del Dominio Público,* Tea, Buenos Aires, 1960.
– "Administración Pública. Actividad inter-orgánica. Relaciones interadministrativas", JA, 1962, t. III, sec. doctrina.
– *Tratado de Derecho Administrativo,* 6 tomos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965-1990.
– "El acto administrativo general: el reglamento", JA, año 1974, sec. doctrina.
– "El exceso de punición como vicio del acto jurídico de Derecho Público", LL, t. 1989-E, sec. doctrina.
– "La nueva Ley Nacional de Expropiaciones", JA, 1977-I.
– "La nueva Ley Nacional de Expropiaciónes: su contenido", en obra colectiva *La Ley Nacional de Expropiaciones 21.499,* Buenos Aires, 1977.
– "Revocación del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia", LL, t. 1980-B.
– *Permiso Especial de uso de Bienes de Dominio Público,* Buenos Aires, 1996.
– "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia", ED, t. 114.
– "Los privilegios en el derecho público", ED, t. 162.

MARTÍNEZ USEROS, Enrique, "Los requisitos de forma en los actos administrativos", *Anales de la Universidad de Murcia,* 1949-1950.

MARTINS, Hugo Daniel, *Procedimiento Administrativo,* Montevideo.
– *Objeto, contenido y método del Derecho Administrativo en la concepción integral del mundo del derecho*, Montevideo, 2000.

MARTY, Gabriel - RAYNAUD, Pierre, *Droit Civil,* t. I, 1956, nro. 158.

MASSINI, Carlos Ignacio, *Sobre el Realismo Jurídico,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.
– "Notas acerca de la concepción realista del Derecho", separata nro. 125 de la revista *Sapienza.*

MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán,* Parte General, 4 tomos, trad. del alemán, Depalma, Buenos Aires, 1949.
– *Le Droit Administratif allemand*, París, 1904.

MAZEAUD, Henry, Léon y Jean, *Lecciones de Derecho Civil,* Parte Primera y Segunda, vol. I, trad. del francés, Buenos Aires, 1960.

MEILÁN GIL, José Luis, *La Distinción entre Norma y Acto Administrativo,* Madrid, 1967.

MÉNDEZ, Aparicio, *Las Relaciones Jurídicas Inter-Administrativas,* Montevideo, 1953.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *La Extinción de la Concesión de Servicio Público,* Madrid, 1992.

MERKL, Adolfo, "Teoría general del derecho administrativo", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1935.

MICHELLI, Gian Antonio, *L'Onore della Prova,* Padova, 1942.

MONTEJANO, Bernardino (h), *Curso de Derecho Natural,* Buenos Aires, 1978.

MONTI, Laura N. - MURATORIO, Jorge I., "La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a los actos de los entes públicos no estatales", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nro. 14, Buenos Aires, 1993.

MONTORO PUERTO, Miguel, *La Infracción Administrativa,* Barcelona, 1965.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos,* Buenos Aires, 1987.

MOZO SEOANE, Antonio, *La Discrecionalidad de la Administración Pública de España,* Madrid, 1985.

NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho Procesal Administrativo,* México, 1959.

OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de, *Os Serviços de Utilidade Pública,* Curitiba, Brasil, 1940.

– *Atos Administrativos,* São Paulo, 1980.

OYHANARTE, Julio, *La Expropiación y los Servicios Públicos,* Buenos Aires, 1954.

– "Aspectos del nuevo régimen expropiatorio", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nros. 15-16, Buenos Aires, 1977.

PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil,* 2 tomos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.

PARADA VÁZQUEZ, R., "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", *Revista Administración Pública,* nro. 55, Madrid, 1958.

– *Derecho Administrativo,* 3 tomos, Madrid, 1989.

– *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la ley 30/1992, de 26 de Noviembre)*, Madrid, 1993.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social y Administración Pública. Los Postulados Constitucionales de la Reforma Administrativa,* Civitas, Madrid, 1983.

PEARSON, Marcelo M., *Del Recurso Jerárquico,* Buenos Aires, 1954.

– *Manual de Procedimiento Administrativo,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976-1977.

– "Aplicación del plazo de gracia del artículo 124 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en el procedimiento administrativo nacional", *Régimen de la Administración Pública,* nro. 7, Buenos Aires, 1979.

PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación Forzosa,* Barcelona, 1970.

PERRINO, Pablo E., "El régimen del agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense", en obra colectiva dirigida por Cassagne y Gordillo, *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Platense, La Plata, 2000.

PETRACCHI, Enrique S., "De la retrocesión", *Lecciones y Ensayos,* nro. 24, Buenos Aires, 1962.

PIEPER, Josef, *Justicia y Fortaleza,* trad. del alemán, Madrid, 1968.

PODETTI, Ramiro J., *Tratado de las Medidas Cautelares,* Buenos Aires, 1956.

POUGNAUD, Pierre, *Service public "à la française", une exception en Europe?*, Institut de Gestion Déléguée, París, 1999.

PRAT, Julio A., *De la Desviación de Poder,* Montevideo, 1957.
– *Derecho Administrativo,* nueve volúmenes, Montevideo, 1978.

PRITZ, Osvaldo A., "El rescate", en *Los Servicios Públicos,* Depalma, Buenos Aires, 1994.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional,* Depalma, Buenos Aires, 1978.

RAINAUD, Jean Marie, *La Distinction de l'Acte Réglamentaire et de l'Acte Individuelle,* París, 1966.

RANELLETTI, Oreste, *La Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione,* Milán, 1934.
– *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali,* Milán, 1945.

REAL, Alberto R., "Extinción del acto administrativo creador de derechos", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,* nros. 1 y 2, Montevideo, 1960.

REIMUNDIN, Ricardo, "La suspensión del acto administrativo como medida de *no innovar*", JA, 1967, t. 4.

REIRIZ, María Graciela, "Legitimación para ser parte en el procedimiento administrativo", en *Acto y Procedimiento Administrativo,* Eudeba, Buenos Aires, 1975.

RETORTILLO BAQUER, Sebastián Martín, *Derecho Administrativo Económico,* ts. I-II, Madrid, 1988.

REVIDATTI, Gustavo A., "Las partes en el procedimiento administrativo", en *Acto y Procedimiento Administrativo,* Astrea, Buenos Aires, 1975.
– "La ocupación temporánea. Expropiación de uso y expropiación de urgencia", en *La Ley Nacional de Expropiaciones 21.499,* Buenos Aires, 1977.

REZZÓNICO, Luis María, *La Fuerza Obligatoria del Contrato y la Teoría de la Imprevisión,* Buenos Aires, 1954.

RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol,* trad. del francés, La Ley, Buenos Aires, 1963-1964.

RIVALTA, María, *La Motivazione degli Atti Amministrativi,* Milán, 1960.

RIVERO, Jean, "Hauriou et l'avénement de la notion du service public", en *Etudes en Honneur d'A. Mestre,* París, 1956.
– *Droit Administratif,* París, 1977.

ROBREDO, Alberto F., "La acción de amparo y la reciente ley 16.986", LL, t. 124.

ROCA JUNYENT, Miguel, *Neoregulación, servicio público y el papel del Estado en el mundo globalizado*, 44° Congreso de l'Union Internationale des Avocats, Buenos Aires, 2000.

RODRÍGUEZ MORO, Nemecio, *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo,* Madrid, 1949.

ROJO, Pablo, "El derecho de la post-privatización", *Revista de Administración Pública,* nro. 183.

ROMANO, Santi, *Corso di Diritto Amministrativo,* 3ª ed., Padova, 1937.
– *Fragmentos de un Diccionario Jurídico,* trad. del italiano, Buenos Aires, 1964.

RONDON DE SANSO, Hildegard, *El Procedimiento Administrativo,* Caracas, 1976.

ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El Contrato Social,* Cap. IV, Aguilar, Madrid, 1973.

RUIZ MORENO, Horacio, "Los llamados reglamentos de necesidad y urgencia. La emergencia como motivación en las leyes y reglamentos", LL, t. 1990-B.

SACHERI, Carlos A., *El Orden Natural,* Buenos Aires, 1979.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Mundo Jurídico y Mundo Político,* Depalma, Buenos Aires, 1978.
– "Los decretos de necesidad y urgencia. Derecho comparado y derecho argentino", LL, t. 1985-E.
– "Los derechos no enumerados en la Constitución Nacional", separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, *Anticipo Anales XIV,* Buenos Aires, 1985.
– *Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia*, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, nro. 28, Buenos Aires, 1990.

SÁINZ MORENO, Fernando, *Conceptos Jurídicos. Interpretación y Discrecionalidad Administrativa,* Madrid, 1976.

SALOMONI, Jorge Luis, "Régimen de los bienes públicos en las concesiones o licencias de servicios públicos (el caso de la explotación en la distribución del gas natural)", en *Derecho Administrativo Hoy*, Buenos Aires, 1996.

SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino,* "Parte General", 2 tomos, Tea, Buenos Aires, 1954.

SAMPAY, Arturo Enrique, *La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional,* Buenos Aires, 1975.

SANDULLI, Aldo M., *Il Procedimento Amministrativo,* Milán, 1959-1964.
– *Manuale di Diritto Amministrativo,* 10ª ed., Napoli, 1970.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo,* Madrid, 1988.
– *La nulidad de pleno de los actos administrativos*, Madrid, 1972.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso - PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo,* Madrid, 1989.

SARMIENTO GARCÍA, Jorge - PETRA RECABARREN, Guillermo M., *Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza,* Mendoza, 1973.

SARRIA, Félix, *Derecho Administrativo,* Córdoba, 1961.

SAVIGNY, Federico Carlos de, *Sistema de Derecho Romano actual,* Madrid, 1879.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo,* 2 tomos, Bianchi Altuna, Montevideo, 1963-1974.

SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, Little Brown & Co., 1991.

SEGOVIA, Juan Fernando, "Las providencias de necesidad y urgencia", ED, t. 116.

SERRANO GUIRADO, Enrique, "El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo", *Revista de Administración Pública,* nro. 4, Madrid, 1951.

SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica,* Depalma, Buenos Aires, 1994.

SILVA CENCIO, Jorge A., *Servicio Público y Concesión de Servicios Públicos,* Montevideo, 1980.

SILVA TAMAYO, Gustavo, "Nulidad manifiesta y vicio no ostensible", ED, t. 138.

SILVESTRI, Enzo, *L'Attività Interna della Pubblica Amministrazione,* Milán, 1950.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino,* cinco tomos, La Ley, Buenos Aires, 1945-1956.

SORACE, Doménico, *Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, Bologna, 2000.

SORCABURU, Aníbal Eugenio, "El recurso jerárquico en la República Argentina", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nro. 4.

SORIA, Daniel Fernando, "Control judicial de los actos administrativos del órgano legislativo", LL, t. 1988-B.
– "Los actos administrativos de trámite equiparables a definitivos y su impugnabilidad judicial", LL, t. 1990-C.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio, *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo,* Bologna, 1993.

SOTO KLOSS, Eduardo, "El cambio de circunstancias como causal de modificación o extinción del acto administrativo en el derecho francés", *Revista de Administración Pública,* nro. 64.

SPOLANSKY, Norberto, "Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos", LL, t. 1978-D.

SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil,* "Parte General", Depalma, Buenos Aires, 1967.
– *Contratos,* 3 tomos, Buenos Aires, 1980.
– "Fundamento jurídico de la medida de no innovar", JA, t. 2.

STASSINOPOULUS, Michel, *Traité des Actes Administratifs,* Atenas.

TÁCITO, Caio, *O Abuso de Poder Administrativo do Brasil,* Rio de Janeiro, 1959.

TAWIL, Guido Santiago, "Servicio público: ¿Eficacia o desgobierno?", LL, t. 1991-C, sec. doctrina.
– *Administración y Justicia,* 2 tomos, Depalma, Buenos Aires, 1993.
– "El proceso de capitalización de deuda. Cuestiones y perspectivas", ED, t. 129.
– "A propósito del proyecto de ley de concesiones, licencias y permisos de servicios públicos", RAP nro. 252, Buenos Aires, 1999.

TAWIL, Guido S. - MONTI, Laura M., *La Motivación del Acto Administrativo,* Depalma, Buenos Aires, 1998.

THIBON, Gustave, *El Equilibrio y la Armonía,* trad. del francés, Madrid, 1978.

TREVES, G., *La presunzione di ligitimitá degli atti amministrativi*, Padua, 1936.

TRIBIÑO, Carlos R. - PERRINO, Pablo E., *La Justicia Contencioso-Administrativa en la Provincia de Buenos Aires,* Buenos Aires, 1995.

ULLA, Decio Carlos - LEPENIES, Irmgard Elena, "La tutela cautelar administrativa", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nro. 4, Buenos Aires, 1990.

URDANOZ, Teófilo, *Introducción a la Cuestión 57 de la Suma Teológica,* t. VII, B.A.C., Madrid, 1956.

URRUTIGOITY, Javier, "Retribución en los servicios públicos", en *Los Servicios Públicos,* Depalma, Buenos Aires, 1994.
– "El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa", en *Estudios de Derecho Público,* Buenos Aires, 1995.
– "Régimen de ejecución de sentencias contra el Estado", en *Estudios de Derecho Administrativo III*, Mendoza, 2000.

USLENGHI, Alejandro Juan, "La expropiación irregular en la ley 21.499", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nros. 15-16, Buenos Aires, 1977.

VANOSSI, Jorge Reynaldo, *Régimen Constitucional de los Tratados,* Buenos Aires, 1969.
– *Recurso Extraordinario Federal. Control de Constitucionalidad,* Buenos Aires, 1984.
– "Los reglamentos de necesidad y urgencia", LL, 1987-II.

VEDEL, Georges, *Droit Administratif,* París, 1968.
– *Derecho Administrativo,* trad. de la 6ª ed. francesa, Aguilar, Madrid, 1980.

VEDEL, Georges - DELVOLVE, Pierre, *Droit Administratif,* 9ª ed., París, 1984.

VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo General,* 2ª ed., Temis, Bogotá, 1966.
– *Derecho Administrativo,* 5ª ed., Temis, Bogotá, 1977.

VIDELA ESCALADA, Federico, *La Causa Final en el Derecho Civil,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

VILLAR PALASI, José Luis, "Las técnicas administrativas de fomento y apoyo al precio político", *Revista de Administración Pública,* Madrid, 1954.
– *Curso de Derecho Administrativo,* t. I, Madrid, 1972.
– "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública,* nro. 3, Madrid.
– "Consideraciones sobre el sistema jurídico", *Revista de Administración Pública,* nros. 100 a 102, Madrid.

VILLEGAS, Walter A., *Régimen Jurídico de la Expropiación,* Buenos Aires, 1972-1973.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo,* 6 tomos, Tea, Buenos Aires, 1949-1956.

VILLEY, Michel, *Estudios en Torno de la Noción de Derecho Subjetivo,* trad. del francés, Valparaíso, 1976.

VIRGA, Pietro, *Diritto Amministrativo*, Milán, 1999.

VÍTOLO, Daniel Roque, *Decretos de Necesidad y Urgencia,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991.

VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo,* t. I, Torino, 1948-1955-1962.

VIVANCOS, Eduardo, *Las Causas de Inadmisibilidad del Recurso Contencioso-Administrativo,* Barcelona, 1953.

WADE, H. W. R., *Derecho Administrativo,* trad. del inglés, Madrid, 1971.

WALINE, Marcel, *Droit Administratif,* París, 1963.
– "La noción de servicio público", LL, t. 75.

XIFRA HERAS, Jorge, *Formas y Fuerzas Políticas,* Barcelona, 1970.

ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo,* t. I, trad. del italiano, Arayú, Buenos Aires, 1954.
– *Corso di Diritto Amministrativo,* 6 tomos, Milán, 1958-1959.

ZELAYA, Simón F., "Forma del acto administrativo", en *Acto y Procedimiento Administrativo,* Buenos Aires, 1975.

ZUBIAUR, Carlos A., "La concesión de servicios públicos", *Revista Jurídica de Buenos Aires,* t. 1991-III.

ÍNDICE GENERAL

TÍTULO CUARTO

CONFIGURACIÓN DE LA ACTUACIÓN ESTATAL REGULADA POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO I

CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS LEGISLATIVO Y JUDICIAL

1. Las funciones o actividades del Estado y los actos que emite la Administración 11
2. Condición y forma jurídica de los distintos actos que regula el Derecho Administrativo emanados de entes y órganos públicos estatales 14
3. El régimen exorbitante como nota peculiar del Derecho Público 16
4. Contenido del régimen exorbitante: las prerrogativas de la Administración 18
   A) La creación unilateral de deberes y vínculos obligacionales 19
   B) La presunción de validez o legitimidad de los actos administrativos 20
   C) El principio de la ejecutoriedad 21
   D) Prerrogativas relacionadas con la ejecución de los contratos administrativos 22
   E) Prerrogativas procesales 22
5. La distinción entre régimen exorbitante y cláusula exorbitante 23
6. Continuación. Las garantías del administrado 24
   A) Garantías sustantivas 25
      a) La garantía de la igualdad 25
      b) El principio de legalidad 26
      c) La garantía de razonabilidad o justicia 28
      d) Concepto amplio de legitimidad 29
      e) La garantía de la propiedad frente a los actos de los poderes públicos 29

B) Garantías adjetivas 33
a) El informalismo a favor del administrado 34
b) El debido proceso adjetivo 35

CAPÍTULO II

ACTOS ORIGINADOS POR LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Sección 1ª

EL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Diferentes actos que dicta la Administración Pública. Remisión 41
2. La actividad de la Administración con relación a terceros 42
3. Los hechos administrativos 43
4. Las llamadas vías de hecho administrativas 44
5. El acto administrativo: concepto y función actual 45
6. Estructura unilateral o bilateral de la declaración. La unilateralidad o bilateralidad pueden referirse tanto a su formación como a sus efectos 48
7. Efectos del acto administrativo 50
8. Alcance general o individual del acto administrativo 51
9. El contenido exorbitante del régimen aplicable al acto administrativo 52
10. Síntesis: noción conceptual. ¿Existe algún criterio positivo en el orden nacional? 52

Sección 2ª

LOS REGLAMENTOS

1. El concepto durante el constitucionalismo y la óptica realista 54
2. Diferencias entre el acto administrativo y el reglamento 56
A) La prelación jerárquica del reglamento y la imposibilidad de establecer excepciones singulares y concretas 56
B) El régimen de publicidad 57
C) Otras diferencias entre el régimen del reglamento y el del acto administrativo 58

Sección 3ª

OTROS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Los actos inter-orgánicos 60
A) Conflictos de competencia 62

B) Actos de control 62
C) Actos que afectan derechos de los agentes públicos 62
2. Los actos que vinculan sujetos de la Administración Pública (actos inter-administrativos) 63
3. Solución de conflictos inter-administrativos 64
A) Controversias entre entidades estatales que actúan en una misma esfera de competencia constitucional 64
B) Conflictos entre personas públicas estatales pertenecientes a diferentes esferas de gobierno 66
4. Improcedencia de la aplicación de multas en las relaciones inter-administrativas 67
5. El acto institucional 69
6. La categoría del acto institucional y el problema terminológico 70
7. Su concepto y fundamento constitucional 71
8. Distintos supuestos que configuran actos institucionales en la Constitución Nacional 73
A) Intervención federal a las provincias 73
B) Declaración del estado de sitio 76
C) Designación de diputados y senadores 76
D) Nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 76
E) Otros casos 77
9. El control judicial de los actos de ejecución de un acto institucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 78
10. Actos emitidos por la Administración reglados parcialmente por el Derecho Privado 79
11. Actos de sustancia jurisdiccional que dicta la Administración 84

CAPÍTULO III

LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. La teoría de los elementos del acto administrativo 91
2. El papel de la voluntad como presupuesto del acto administrativo 92
3. Elementos esenciales y accidentales o accesorios 95
4. El elemento subjetivo 95
A) Concepto, clasificación y reglas fundamentales sobre la competencia 96
B) Capacidad del agente público y del administrado 101
5. La causa como elemento del acto administrativo 101
6. El objeto y sus requisitos 105
7. La forma: concepto, trascendencia y peculiaridades que reviste en el Derecho Administrativo 106
a) Silencio o ambigüedad 110

b) Signos y señales 110
c) Actos tácitos 111
8. La clasificación de las formas según el Código Civil y el sentido que corresponde atribuir al concepto de forma esencial 111
9. El requisito de la motivación 113
10. Las formas de publicidad: publicación y notificación 117
11. La finalidad 120
12. Las denominadas cláusulas accidentales o accesorias y el contenido del acto 122
A) Plazo 123
B) Condición 124
C) Modo 124
D) Otras cláusulas particulares: reservas de revocación y de rescate 125

CAPÍTULO IV

EL SISTEMA GENERAL DE LA INVALIDEZ Y LOS VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Sección 1ª

TEORÍA DE LA INVALIDEZ ADMINISTRATIVA

1. Planteo y metodología 129
2. Antecedentes y lineamientos generales del sistema de las nulidades en el Código Civil francés 130
3. Los tipos de nulidad según nuestro Código Civil 131
A) Nulidad absoluta 132
B) Nulidad relativa 132
C) Actos nulos y anulables 133
4. Las nulidades del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 134
5. Esbozo acerca de las relaciones entre vicios e invalidez 137
6. Cuestiones liminares de la teoría de la invalidez 139
A) El avance que implica la distinción entre ilegitimidad (o ilegalidad), invalidez e ineficacia 139
B) La presunción de legitimidad del acto administrativo 141
C) La clasificación bipartita de la invalidez: nulidad (nulidad absoluta) y anulabilidad (nulidad relativa). El mito del acto inexistente 143
7. ¿Una nueva categoría? La ilegalidad o arbitrariedad manifiestas como vicio del acto administrativo 147
8. La categoría del sistema de las nulidades fundada en el carácter rígido o flexible de la causal de invalidez 150
9. La aplicación de las clasificaciones precedentes en el sistema de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 151

10. El control *ex oficio* de la invalidez 152
11. Efectos de la declaración de invalidez 154
12. Características generales del sistema administrativista de las nulidades y sus diferencias con el régimen que estatuye el Código Civil 156
13. Crítica de la teoría del acto inexistente como categoría de invalidez. Las denominadas vías de hecho 158
14. Conclusiones 161

Sección 2ª

DE LOS VICIOS EN PARTICULAR

1. La clasificación de las nulidades y la regulación de los vicios en el derecho comparado 163
2. La distinción entre los vicios del acto administrativo según su carácter subjetivo u objetivo 166
3. Vicios de la voluntad 167
A) Error 169
B) Dolo 171
C) Violencia 172
4. La simulación 174
5. Vicios en el elemento subjetivo 175
A) Incompetencia 175
a) Incompetencia territorial 176
b) Incompetencia por razón de la materia 176
c) Incompetencia en razón del grado 177
B) Incapacidad 179
6. Vicios que afectan a la causa del acto administrativo 179
7. Defectos en el objeto 180
8. Vicios de forma 181
A) Vicios relativos a las formas del proceso de integración de la voluntad administrativa 181
B) Defectos de la declaración 183
C) Vicios relativos a la publicidad 185
9. La desviación del poder 185
10. Invalidez de cláusulas accesorias 188

CAPÍTULO V

SANEAMIENTO O CONVALIDACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Concepto, trascendencia y terminologías existentes. Aplicabilidad genérica de las nociones del Derecho Privado 193
2. La ratificación: carácter y efectos. Forma del acto de ratificación 195

3. La confirmación. Diferencias con la ratificación. Críticas al concepto: su refutación. Naturaleza y efectos 196
4. Acerca de si la confirmación puede operarse a través de la prescripción del acto 198
5. La conversión como medio de saneamiento 199
A) Conversión legal 200
B) La conversión como acto bilateral 201
6. Su fundamento. Tipo de invalidez objeto de la conversión 201
7. Doctrina que considera a la conservación una especie de saneamiento. Crítica. La invalidez parcial del acto 202

CAPÍTULO VI

CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO RELACIONADOS CON SU VALIDEZ. EJECUCIÓN Y EFECTOS

1. Enfoque liminar sobre los caracteres del acto administrativo 207
2. Origen histórico y sentido actual de las prerrogativas estatales 209
3. La presunción de legitimidad. Noción y fundamentos 210
4. Alcances del principio 212
5. El principio de la ejecutoriedad. Concepto y fundamento 213
6. Continuación. Principales terminologías y nociones existentes en la doctrina comparada 217
7. Amplitud de la noción de ejecutoriedad: el uso de la coacción no constituye la única especie 219
8. La llamada ejecutoriedad impropia. Crítica 220
9. Límites al principio 220
10. La suspensión del acto en sede administrativa 221
11. Sistema de la LNPA en materia de ejecutoriedad y suspensión del acto en sede administrativa. Crítica 222
12. Continuación. La ejecutoriedad y el problema de la interrupción de los plazos en la LNPA 224
13. La suspensión del acto administrativo dispuesta en sede judicial ... 225
14. La ejecutividad del acto administrativo 231
15. El acto administrativo y su condición instrumental 233
16. Retroactividad del acto administrativo. Casos en que se admite 235

CAPÍTULO VII

EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Consideraciones terminológicas y metodológicas acerca de la extinción del acto administrativo. Tendencias actuales 241
2. Concepto de extinción. La llamada "cesación o extinción de efectos" 243

3. Aclaración, rectificación y modificación o reforma del acto. Diferencias con la extinción ... 244
4. Las causales de extinción en particular. El agotamiento. Lo relativo a la imposibilidad de cumplir el acto ... 245
5. Extinción que depende de la voluntad del administrado ... 246
6. Extinción del acto dispuesta por la Administración. Distintos supuestos ... 247
A) Revocación ... 247
B) Caducidad ... 249
7. El principio de la irrevocabilidad. Evolución y crisis de la denominada "cosa juzgada administrativa" ... 249
8. Análisis de la denominada "cosa juzgada administrativa", según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ... 251
A) Ausencia de norma legal que autorice a la Administración a revocar el acto ... 255
B) Que el acto sea unilateral ... 256
C) Que se trate de un acto individual o concreto ... 256
D) Que el acto provenga de la Administración activa ... 257
E) Que declare derechos subjetivos ... 257
F) Que cause estado ... 260
G) Que el acto haya sido dictado en ejercicio de facultades regladas 262
H) Que se trate de un acto regular ... 263
9. El sistema de la LNPA. Crítica ... 266
A) Acto irregular ... 267
B) Acto regular ... 271
10. La falta de conexión entre estabilidad y revocación por oportunidad, mérito o conveniencia ... 272
11. La aplicación de la regla de la estabilidad a los contratos administrativos ... 273
12. Revocación por ilegitimidad sobreviniente o cambio del derecho objetivo ... 275
13. La revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia ... 276
14. Revocación de la autorización para construir: distintos supuestos ... 278
A) Revocación por legitimidad ... 278
B) Revocación por razones de interés público ... 279
15. Otros casos de revocación ... 280
16. Efectos del acto de revocación ... 281
17. La caducidad del acto administrativo ... 281
18. Caducidad y mora automática ... 283

TÍTULO QUINTO

LA ACTIVIDAD INTERVENTORA

CAPÍTULO I

LAS PRESTACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN O DE LOS PARTICULARES, REGIDAS POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Sección 1ª

EL SERVICIO PÚBLICO

1. Aparición de la técnica del servicio público. La *publicatio* y la concepción objetiva como ejes de la noción jurídica 289
2. La llamada crisis de la noción jurídica de servicio público 292
3. El monopolio no constituye el dato esencial de la noción 294
4. La configuración de un concepto sobre el servicio público 294
5. Acerca de los servicios públicos impropios. Las actividades de interés público. Los llamados servicios sociales 297
6. El acto de creación del servicio público 299
7. Competencia nacional, provincial o municipal para crear el servicio público 301
8. El poder reglamentario en los servicios públicos 301
9. Modificación y supresión de los servicios públicos 302
10. Régimen jurídico: reglas generales relativas al funcionamiento de los servicios públicos 302
    A) El principio de la continuidad del servicio público. Las huelgas en los servicios esenciales 303
    B) La regularidad del servicio público 307
    C) El principio de la igualdad 307
    D) La obligatoriedad 308

Sección 2ª

LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LAS RELACIONES JURÍDICAS QUE VINCULAN A LOS USUARIOS

1. Nacionalización de los servicios públicos. Remisión 308
2. Sistemas de gestión de los servicios públicos 309
    A) Gestión directa 309
    B) Gestión indirecta 310
3. Naturaleza de las relaciones jurídicas entre los usuarios y las entidades prestatarias del servicio 310
4. La admisión de los particulares al servicio público 311

5. Retribución de los servicios públicos 312
6. Fijación de las tarifas: naturaleza jurídica del acto 312
7. Los principios de proporcionalidad e irretroactividad de las tarifas 313
A) La proporcionalidad tarifaria 314
B) La irretroactividad de las tarifas 314

CAPÍTULO II

LA ACTIVIDAD INTERVENTORA Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS PRIVADOS

1. Introducción 319
2. Origen y evolución del concepto de policía 321
3. La acción interventora del Estado: actos de gravamen y actos favorables 324
4. La distinción entre el llamado "poder de policía" y la policía administrativa 325
5. Sobre los límites de la actividad estatal limitativa de los derechos individuales. Lo atinente al fin 326
6. La técnica específica de limitación de derechos privados por razones de interés público. La figura de la delimitación del contenido de los derechos 329
A) Limitaciones al ejercicio de los derechos 329
B) Delimitaciones al contenido normal de derechos privados 331
C) Indemnización por daños provocados por limitaciones y delimitaciones 331
7. Las limitaciones al derecho de propiedad en interés público: restricciones y servidumbres 332
8. Las limitaciones y las técnicas autorizatorias. Autorización y permiso 333
A) Diferentes clases de autorizaciones 334
B) Autorizaciones regladas o discrecionales 335
C) Otras especies de autorizaciones 336
a) Autorizaciones por operación y autorizaciones de funcionamiento 336
b) Autorizaciones simples y autorizaciones operativas 337
c) Autorizaciones personales o reales 337
9. Concesión y licencia 338
10. Las cargas públicas: prestaciones personales y reales 339
11. Imposición de deberes en sentido estricto 340
12. El principio del *favor libertatis* y la necesidad de respaldo normativo para establecer actos de gravamen sobre los particulares 342
13. Las llamadas potestades ablatorias: remisión 343
14. La técnica de los actos favorables: el fomento 343
15. Los medios de fomento 346
16. El fomento de las industrias 348

17. Estructura de las relaciones jurídicas de promoción industrial 349
A) La relación jurídico-administrativa 349
B) Estructura de la relación jurídica de fomento 350
C) Fuente de la relación jurídica de fomento industrial 351
18. Naturaleza y caracteres de las relaciones de los regímenes de fomento industrial y del acto otorgante de beneficios 352
19. La distribución constitucional de competencias relativa a la acción interventora del Estado 353
A) Principios que rigen la distribución de competencias en la Constitución Nacional 353
B) Poderes implícitos y poderes inherentes o "resultantes" 355
C) Los poderes atribuidos a las provincias 356

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LOS SERVICIOS PÚBLICOS A LA LUZ DE LOS MARCOS REGULATORIOS Y LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

1. La década de las privatizaciones: su significación política y jurídica 361
2. Los diferentes períodos del régimen de gestión de los servicios públicos 364
3. Principales criterios seguidos en la operación privatizadora argentina 366
4. El servicio público como técnica que requiere una constante adaptación a los sistemas y realidades imperantes: la regulación para la competencia 367
5. El servicio público como categoría constitucional 369
6. Evolución de la concepción tradicional 370
7. Los modos de gestión y el régimen jurídico del servicio público 372
A) Concesión y licencia 372
B) Sobre el régimen administrativo aplicable a las concesiones de servicios públicos 373
8. *Quid* de la regulación económica 376
9. Sobre la necesidad de separar la función reguladora básica del control 379
10. Los marcos regulatorios: su contenido básico 382
11. El sistema tarifario: diversidad de fuentes. Naturaleza del acto o cláusula de determinación de las tarifas 384
12. El retorno de la concepción contractual en la fijación de las tarifas de los servicios públicos 386
13. El principio del equilibrio económico-financiero de la concesión o licencia y su proyección al derecho del concesionario a la modificación tarifaria 391
A) La teoría del contrato administrativo y sus relaciones con el Derecho Civil 392
B) La compensación de los desequilibrios en el contrato administrativo 394

C) Continuación. El mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo: su fundamento común 395
D) Aplicación de las reglas propias de la justicia conmutativa..... 398
E) Peculiaridades de las principales técnicas que garantizan el equilibrio financiero del contrato 399
a) La compensación por el ejercicio de la *potestas variandi*..... 400
b) El hecho del príncipe (*factum principis*) 400
c) La teoría de la imprevisión 402
d) La revisión de precios *ex lege* 404
F) La proyección del principio del equivalente económico en el derecho del concesionario o licenciatario a obtener el reajuste tarifario..... 405
14. Técnicas y principios de interpretación de los marcos regulatorios y actos de aplicación..... 406
A) La interpretación integrativa de los fines u objetivos fijados en los marcos regulatorios y la protección de los usuarios 407
B) Flexibilidad de la interpretación en el ámbito de la regulación económica y contratos de concesión o licencia 408
C) El carácter restrictivo de las actuaciones públicas que limitan las libertades económicas 409
15. La responsabilidad de las concesionarias y licenciatarias frente a los usuarios por daños ocasionados por interrupciones del servicio 411
16. El mantenimiento del servicio universal y la transición hacia un régimen más abierto y competitivo 412
17. Excurso sobre la aplicación de dos concepciones básicas del derecho norteamericano: a) La teoría de la deferencia y b) La llamada jurisdicción primaria 414
18. Las sanciones previstas en los marcos regulatorios: tipos de sanciones y principios aplicables. Naturaleza del acto administrativo sancionatorio 416
19. Régimen de los bienes: lo atinente a la reversión en los contratos de concesión o de licencia de servicios públicos. El rescate..... 418

CAPÍTULO IV

LA EMERGENCIA Y SU INCIDENCIA EN LOS CONTRATOS QUE TIENEN POR OBJETO LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. Un Estado basado en la legislación de emergencia es la negación de la libertad..... 423
2. El estado de necesidad como fundamento de la emergencia y la doctrina de la "ética de mínima"..... 426
3. El problema de los límites constitucionales de la emergencia. Los reglamentos de necesidad y urgencia..... 427
4. Los principios de la ley 25.561 en los contratos públicos 430

CAPÍTULO V

LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

1. Diferentes sanciones que aplica la Administración: las sanciones penales administrativas y su trascendencia 437
2. La distinción entre delitos y contravenciones o faltas: vigencia y ocaso del llamado Derecho Penal Administrativo 439
3. El fenómeno de la despenalización 441
4. La falta o contravención como figura típica del Derecho Penal Administrativo 442
5. Jurisdicción nacional y provincial para legislar en materia de contravenciones e infracciones administrativas 443
6. Principios del Derecho Penal aplicables en materia contravencional 446
   A) El principio de legalidad 447
   B) La regla de tipicidad 448
   C) La culpabilidad en las contravenciones 448
   D) Otros principios y supuestos especiales del Derecho Penal sancionatorio 452
7. El procedimiento sancionatorio 456
8. Distintas clases de sanciones penales-administrativas 457
   A) La pena de multa 458
   B) La prisión y el arresto 458
   C) Inhabilitación 459
   D) Otras penas: amonestación, clausura, retiro de la personería jurídica, decomiso y caducidad 459
9. Extinción de las sanciones penales de policía administrativa 459

CAPÍTULO VI

LAS POTESTADES ABLATORIAS Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS REALES DE LOS PARTICULARES

Sección 1ª

LA EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA

1. Introducción: potestades ablatorias, limitaciones y delimitaciones de derechos 463
2. Sobre los antecedentes de la expropiación 464
3. El fundamento del poder de expropiar 466
4. Concepto legal de utilidad pública: su calificación legislativa 467
5. Sujetos de la relación expropiatoria 471
   A) Sujeto activo 471
   B) Sujeto pasivo 473

6. El objeto expropiable 473
7. La indemnización expropiatoria como institución de Derecho Público.. 476
A) El juego de los principios y requisitos constitucionales 477
B) Extensión y medida de la compensación: el concepto legal de valor objetivo y su influencia en el sistema indemnizatorio de la LE ... 479
C) La indemnización de los daños que sean consecuencia directa o inmediata de la expropiación 483
D) El pago en dinero efectivo 484
E) Depreciación monetaria e intereses 484
F) Resarcimiento de las mejoras, valor llave y valor empresa en marcha 485
8. Procedimiento extrajudicial 486
9. Procedimiento judicial ("contencioso expropiatorio"). Prescripción... 487
10. Plazo de la expropiación (abandono). Expropiación diferida 488
11. La expropiación irregular o inversa 489
12. El derecho de retrocesión y su regulación procesal 491
A) Naturaleza jurídica de la retrocesión 492
B) Presupuestos especiales de la pretensión procesal 493
a) Intimación o reclamación administrativa previa 493
b) Denegatoria expresa o tácita 494
c) Perfeccionamiento de la expropiación 495
d) Legitimación activa 495
e) Plazo 495
C) Condiciones de fondo para la procedencia de la demanda de retrocesión 496
a) Expropiación sin habérsele asignado al bien destino alguno... 496
b) Cambio de destino 496
D) Contraprestación ulterior que debe cumplimentar el expropiado: su actualización 497

Sección 2ª

LA OCUPACIÓN TEMPORÁNEA

1. Razones para una regulación diferenciada de la expropiación 498
2. Distinción con otras figuras jurídicas (requisiciones y servidumbres) 499
3. Concepto legal. La ocupación temporánea normal 499
4. La ocupación temporánea anormal: requisitos 500
5. Otras cuestiones: situación de los terceros. Prescripción de las acciones 501

Sección 3ª

OTRAS FIGURAS QUE IMPLICAN EL EJERCICIO DE POTESTADES ABLATORIAS

1. La figura de la requisición 502
2. Otras transferencias coactivas: el decomiso y la confiscación 503

TÍTULO SEXTO

PROCEDIMIENTOS Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS

CAPÍTULO I

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. El procedimiento administrativo como instrumento de control y garantía del administrado. Control de legitimidad y de mérito, oportunidad o conveniencia 509
2. Proceso y procedimiento. El procedimiento como cauce formal de la función administrativa 511
3. Notas que caracterizan las diferencias existentes entre proceso jurisdiccional y procedimiento administrativo 513
4. Naturaleza del procedimiento administrativo e individualidad de los actos que lo componen. Los actos coligados 514
5. Clasificación de los procedimientos administrativos 515
A) Procedimiento general y procedimientos especiales 516
B) Otras clasificaciones. Procedimientos declarativos, ejecutivos y de simple gestión o internos 517
6. Regulación positiva del procedimiento administrativo. Ámbito de aplicación 518
7. El procedimiento declarativo de impugnación. Recursos, reclamaciones y denuncias 519

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Función y naturaleza de las normas que establecen los principios fundamentales del procedimiento administrativo 525
2. El principio de legitimidad. Remisión 526
3. El principio de verdad material 527
4. El principio de oficialidad 528
5. El informalismo del procedimiento administrativo. Remisión 529
6. El debido proceso adjetivo 530
7. El principio de la eficacia y sus complementos en el procedimiento administrativo 532
8. La gratuidad del procedimiento administrativo 533

CAPÍTULO III

LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Quiénes pueden ser "parte" en el procedimiento administrativo. Capacidad y legitimación 537
2. Algunos supuestos de sujeto con capacidad para ser parte en el procedimiento administrativo: a) los menores adultos; b) sordomudos y dementes 538
A) Los menores adultos 538
B) Sordomudos y dementes 539
3. La situación de las personas públicas estatales en el procedimiento administrativo 539
4. Continuación: los órganos sin personalidad jurídica 540
5. Intervención de "terceros" en el procedimiento administrativo 541
6. Representación de las partes 542
7. Cómo cesa la representación 543
8. La exigencia de actuar con patrocinio letrado 543

CAPÍTULO IV

LOS PLAZOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Ambivalencia de significados, concepto y finalidad de los plazos en el procedimiento administrativo 547
2. Obligatoriedad de los plazos 549
3. Naturaleza e irretroactividad de los plazos 550
4. Su cómputo. El llamado "plazo de gracia" 550
5. Prórroga o ampliación de los plazos 552
6. Interrupción o suspensión de los plazos y caducidad de los procedimientos 553

CAPÍTULO V

ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Iniciación del procedimiento administrativo 559
2. Efectos. Formalidades de los escritos 560
3. Instrucción del procedimiento 561
4. Continuación: vista de las actuaciones administrativas 561
5. Restricciones al otorgamiento de la vista 564
6. Recusación de los agentes públicos que intervienen en el procedimiento 565
7. Excusación de los agentes públicos 568

8. Publicidad de los actos del procedimiento. Notificación y publicación 568
A) Notificación del acto administrativo. Distintos medios 569
B) Publicación de reglamentos 571
9. La prueba. Diferentes medios probatorios en el procedimiento administrativo 571
A) Informes y dictámenes producidos por la Administración 573
B) Informes de entidades privadas y públicas no estatales 574
C) Prueba testimonial 575
D) Prueba confesional y documental 576
E) Prueba pericial 577
10. Oportunidad de la apertura a prueba 578
11. El derecho de alegar sobre la prueba producida 578
12. Terminación del procedimiento administrativo 579
A) La resolución del procedimiento 579
B) Caducidad de las actuaciones 580
C) El desistimiento del procedimiento y la renuncia 582

CAPÍTULO VI

EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN EN PARTICULAR (RECURSOS, RECLAMACIONES Y DENUNCIAS)

Sección 1ª

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

1. Concepto de recurso administrativo. Diferencias con la reclamación y la denuncia 589
2. Naturaleza jurídica del recurso administrativo 591
3. Recursos administrativos y recursos o acciones contencioso-administrativas. La decisión en el recurso administrativo no tiene sustancia jurisdiccional 592
4. Legitimación para promover recursos administrativos 593
5. Actos impugnables mediante recursos administrativos 593
6. Requisitos formales y sustanciales exigidos para la interposición de recursos administrativos 594
7. Fundamentación de los recursos administrativos 595
8. Efectos de los recursos administrativos 595
9. Apertura a prueba 596
10. La decisión sobre el recurso promovido 597

Sección 2ª

EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

1. Concepto. Su naturaleza y caracteres fundamentales 598
2. Actos contra los cuales procede 599
3. Órgano ante el cual se deduce el recurso de reconsideración. Plazo para interponerlo 599
4. Los recursos no calificados deben reputarse de reconsideración 600
5. Resolución del recurso: plazo. Denegatoria tácita 600
6. Lo atinente a la posibilidad de interponer reconsideración contra los actos definitivos que agoten la vía administrativa 601

Sección 3ª

EL RECURSO JERÁRQUICO

1. Concepto y fundamento del recurso jerárquico 602
2. Órgano ante el cual se presenta el recurso jerárquico; plazo 603
3. Requisitos de carácter objetivo inherentes a su interposición 603
4. Continuación: requisitos de carácter subjetivo 605
5. Trámite: intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación. Lo atinente a la mejora del recurso jerárquico 606
6. Plazo para resolverlo. La decisión y la denegatoria tácita 607

Sección 4ª

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS CONCERNIENTES A LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS Y A OTRAS FORMAS JURÍDICAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL

1. Introducción 607
A) La idea de tutela como fundamento de los recursos administrativos y su actual extensión 607
B) El recurso de alzada: características generales y reglas aplicables 609
2. Los fundamentos del recurso: control de legitimidad y de oportunidad, mérito o conveniencia, alcance de la decisión 611

Sección 5ª

EL RECURSO DE REVISIÓN

1. Antecedentes del recurso de revisión en sede administrativa 612
2. Carácter y fundamento del recurso de revisión 613
3. Su regulación por ley o reglamento 613

4. Procedencia del recurso de revisión. Causales que lo justifican 613
5. Plazo dentro del cual debe interponerse y órgano que lo resuelve.... 614

Sección 6ª

OTRAS VÍAS ADMINISTRATIVAS (QUEJA, ACLARATORIA, RECTIFICACIÓN Y DENUNCIA DE ILEGITIMIDAD)

1. La queja. Concepto y naturaleza jurídica 615
2. Órgano ante el cual se presenta. Trámite de la queja..... 616
3. La aclaratoria ¿es un recurso administrativo?..... 616
4. Causales que tornan procedente su articulación. Reglas que rigen en la tramitación..... 617
5. Rectificación de errores materiales..... 617
6. La denuncia de ilegitimidad. Concepto y requisitos para su procedencia..... 618

Bibliografía..... 621